البناية في شرح الهداية

الجزء السادس

للشيخ المحدث الفقيه
بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢ هـ ——— ٨٥٥ هـ

صححه وعلقه وعلق عليه
الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره
١٣٤٠ هـ ——— ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية
ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي منّ علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه
مولانا فيض احمد الملتانی

الجزء السادس

المكتبة الحقانية
ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء السادس من البناية شرح الهداية

تم الفهرس

الناشر: مكتبة حقانية ملتان باكستان الناسخ: الممتاز كمبيوتر آرت كميتي شوك، راولبندى باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

(كتاب النكاح)

أي هذا كتاب في بيان أحكام النكاح، و قال الكاكي النكاح لغة(١) الجمع و الضم، و من أمثال العرب أنكحنا الفرى فسنرى، أي جمعنا بين حمار الوحشي و الاتان فننظر ما يتولد منهما، فضرب مثلاً لقوم يجتمعون على امر لايدرون ما يصدر عنه، و حكى المبرد من البصريين و ثعلبة عن الكوفيين أنه عبارة عن الجمع و الضم، و يستعمل في الوطئ لوجود الضم، و يستعمل في العقد مجازاً، قال الله تعالى فانكحوهن(ا) باذن اهلهن و قال الله تعالى و انكحوا الأيامى منكم و العقد موقوف على الاذن لا الوطى و وطئ الايامى من بناتهن و اخواتهن حرام عليهم. و في شرح قاضي خان النكاح في اللغة و الشرع حقيقة في الوطئ مجاز في العقد. و قال الشافعي رحمه الله تعالى انه في الشرع عبارة عن العقد، لانه تعالى حيثما ذكره في القرآن

هذه الحاشية الاولى لمولنا محمد عمر رحمه الله تعالى رام فوري الهندي (ا) قوله (فانكحوهن) الخ، أقول قال البيضاوي يريد أربابهن و اعتبار اذنهم مطلقاً لاشعار له على أن لهن أن يباشرن العقد بأنفسهن حتى يحتج به الحنفية، انتهى اقول وجه الاشعار انه لا فائدة بذكر أهلهن اذا كان المباشر اهلهن، و أجيب باحتمال أن يكون المباشر هو الوكيل و الاذن من المولى، و هذا الجواب ليس بشئ، لأن الوكيل في النكاح سفير محض، فالمباشر في المعنى هو الموكل الخ. قوله (و انكحوا الايامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم) لما نهى عما عسى أن يفضي الى السفاح المخل بالنسب المقتضى للالفة و حسن التربية و مزيد الشفقة المؤدية الى بقاء النوع بعد الزجر عنه مبالغة فيه أمر بالنكاح الحافظ له و الخطاب للأولياء و السادات و فيه دليل على وجوب تزويج المملوكة و المملوك و ذلك عند طلبهما و اشعار بان المرأة و العبد لايستبدان به، اذ لو استبدا لما وجب على الولى و المولي، انتهى و الجواب على ما في بعض حواشيه النكاح عادة يحتاج من يصلح في البين، و الا فلا و لانه لا ولاية على المرأة البالغة المكلفة عندنا كما لاولاية على الذكر العاقل البالغ مع أنه من متناولات الايامى على اعترافه، الخ.

هذه الحاشية الثانية من فيض احمد الملتاني الباكستاني (١) النكاح لغة الخ راجع عمدة القارى كتاب النكاح ص٦٤ ج٢٠ و فتح الباري كتاب النكاح ص١٢٨ ج٩ و فتح القدير ص٩٨ ج٣ و اوجز المسالك كتاب النكاح ص٢٣٥ ج٤ و المغنى مع الشرح الكبير ص٣٣٣ ج٧ و شرح المسلم للنووى ص٤٤٨ ج١ و شرح المهذب كتاب النكاح ص١٢٦ ج١٦ و قد اطال الكلام و افاد و اجاد المحقق ابن الهمام في الفتح و شيخ الحديث في الاوجز و قال العيني رحمه الله تعالى في عمدة القاري و للنكاح عدة اسماء جمعها ابوالقاسم اللغوي فبلغت الف اسم و اربعين اسما و كذا في فتح الباري.

أراد به العقد، و هذا لايصح، لانه تعالى قال الزاني(ا) لاينكح الا زانية او مشركة و قال الله تعالى حتى(ب) اذا بلغوا النكاح أراد به الوطئ بالاجماع، و في شرح الاسبيجابي النكاح لغة الجمع المطلق، و شرعاً العقد بشرائطه. و قال فخر الاسلام النكاح العقد الشرعي، و يذكر و يراد به الوطئ، ثم قيل أنه حقيقة فيهما لوجود معنى الضم فيهما. و الاصح انه حقيقة في الوطئ خاصة لوجود معنى الضم فيه حقيقة، و لايجوز أن يكون حقيقة في العقد لأنه يؤدى الى الاشتراك، و هو خلاف الاصل و عليه فحول أهل اللغة. و في البمسوط(١) النكاح لغة الوطئ، و منه قول الفرزدق:

التاركين على طهر نسائهم   و الناكحين بشطى دجلة البقرا

(ا) قوله (الزاني) الخ تمام الآية الزاني لاينكح الا زانية او مشركة و الزانية لاينكحها الا زان او مشرك قال البيضاوي رحمه الله اذ الغالب أن المائل الى الزنا لايرغب في نكاح الصوالح، و المسافحة لايرغب فيها الصلحاء، فان المشاكلة علة الالفة و التضام، و المخالفة سبب النفرة و الافتراق، و كان حق المقابلة أن يقال و الزانية لاتنكح الا من زان او مشرك، لكن المراد بيان أحوال الرجال في الرغبة فيهن، لان الآية نزلت في صفة المهاجرين لما هموا أن يتزجوا بغايا يكرين أنفسهن لينفقن عليهن من اكسابهن على عادة الجاهلية، و لذلك قدم الزاني و حرم ذلك على المؤمنين، لانه تشبه بالفساق، و تعرض للتهمة و تسبب بسوء المقالة و الطعن في النسب و غير ذلك من المفاسد و لذلك عبر عن التنزيه بالتحريم، و قيل النفي بمعنى النهي، و قد قرئ به و الحرمة على ظاهرها و الحكم مخصوص بالسبب الذي ورد فيه أو منسوخ بقوله تعالى و انكحوا الأيامى منكم فانه يتناول المسافحات، و يؤيده أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن ذالك فقال أوله سفاح و آخره نكاح و الحرام لايحرم الحلال، و قيل المراد بالنكاح الوطئ فيؤول الى نهي الزاني عن الزنا إلا بزانية و الزانية أن يزني بها الا زان و هو فاسد، الخ. (ب) قوله حتى اذا بلغوا النكاح أقول تمام الآية و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح قال البيضاوي و ابتلوا اليتامى اختبروهم قبل البلوغ بتتبع احوالهم في صلاح الدين و التهدى الى ضبط المال و حسن التصرف بأن يكل اليه مقدمات العقد، و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بان يدفع اليه ما يتصرف فيه حتى اذا بلغوا النكاح حتى اذا بلغوا حد البلوغ بان يحتلم أو يستكمل خمسة عشر سنة عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا استكمل(٢) المولود خسمة عشر سنة كتب ماله و ما عليه و أقيمت عليه الحدود، و ثمانية عشر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى - و بلغوا النكاح - كناية عن البلوغ لانه يصلح للنكاح عنده، الخ.

(١) المبسوط للسرخسى ص١٩٢ ج٢ و فتح القدير ص٩٨ ج٣. (٢) اذا استكمل الخ اخرجه السيوطى في جمع الجوامع ١٢١٢ كذا في الموسوعة ص٢٤٣ ج١.

يهجو بذلك قوماً. و قال عليه الصلوة و السلام ناكح البهيمة ملعون. قال المطرزي ثم قيل للتزويج نكاح لأنه سبب الوطئ، و لما فرغ من بيان العبادات شرع في المعاملات لانها تالية لها اذا بها بقاء العابد و وجود العبادة، و البقاء بالكسب الحلال، والكسب الحلال يتوقف على معرفة المعاملات، ثم قدم النكاح و ما يتبعه على سائر المعاملات، لان فيه معنى العبادة، فان(ا) النكاح سنة الانبياء و المرسلين، و فيه تحصين(ب) نصف الدين، و قد تواترت الاخبار و الآثار في توعد من رغب عنه و تحريض من رغب فيه، قال عليه الصلوة و السلام النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتى فليس مني... الحديث رواه ابن ماجة(١) من رواية عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الدنيا متاع(ج) و خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، رواه مسلم(٢) و النسائي و ابن ماجة من حديث عبدالله بن عمرو قال عليه الصلوة و السلام اربع من سنن المرسلين الحياء و التعطر و السواك و النكاح، رواه الترمذي(٣) من حديث ابي أيوب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم. و قال الترمذي حسن غريب، و قال عليه الصلوة و السلام لعكاف بن وداعة هل لك زوجة، قال لا، قال و لا جارية قال لا، قال و أنت موسر قال و أنا موسر، قال أنت اذاً من اخوان الشياطين(د) إن من سنتنا النكاح، شراركم غرابكم، هكذا نقله السروجي ثم قال رواه احمد بن حنبل و ابن مندة و

(ا) قوله – فان النكاح – أقول و الدليل عليه قوله عليه الصلوة و السلام اربع من سنن المرسلين الحياء و التعطر و السواك و النكاح، رواه الترمذي(٤) الخ. (ب) و فيه تحصين... الخ أقول و الدليل عليه قوله عليه الصلوة و السلام اذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين، فليتق الله في النصف الباقي، رواه البيهقي في شعب الايمان، الخ (و المشكوة كتاب النكاح) (ج) قوله – الدنيا متاع – أقول أي الدنيا كلها تمتع من اللذات و الشهوات، و خير التمتع و عمدة التعيش فيه من الزوجة الصالحة، لان بنصحه و تاثير صحبته يحصل التمتع الاخروى، و يؤيده ما رواه ابن ماجة في سننه، ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خير اله من زوجة صالحة، إن امرها أطاعته، و ان نظر اليها سرته، و ان اقسم عليها ابرته، و ان غالب عنها نصحته في نفسها و ماله، الخ. (د) قوله – من اخوان –الخ– اقول الوعيد في هذا الحديث وغيره من الاحاديث مثل قوله عليه الصلوة و السلام النكاح سنتي فمن رغب عنه فليس مني، ليس الا لمن رغب عن النكاح و تركه اعراضاً عنه غير معتقد على ما هي عليه، =>

---

(١) ابن ماجة باب فضل النكاح ص١٣٤. (٢) مسلم كتاب النكاح باب الوصية بالنساء ص٤٧٥ ج١ و النسائي كتاب النكاح المرأة الصالحة ص٧١ ج٢ و ابن ماجة ص١٣٤. (٣) الترمذي ابواب النكاح ص١٢٨ ج١. (٤) الترمذي ص١٢٨ ج١ و البناية ص٩٦ ج١ طبع مكتبة حقانية ملتان، باكستان.

ابوعمرو بن عبدالله و ذكره جار الله في الفائق و زاد فان كنت من رهبان النصارى(ا) فالحق بهم، و ان كنت منا فسنتنا النكاح، انتهي. قلت نقله(ب) شيخنا زين الدين العراقي في شرحه للترمذي، و قال و حديث عكاف رواه ابوجعفر العقيلي في تاريخ الضعفا باسناده الى عطية بن بشر الهلالي عن عكاف بن وداعة الهلالي رضي الله عنه أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا عكاف الك امرأة قال لا قال فجارية، قال لا قال و انت صحيح موسر، قال نعم، قال فأنت اذاً من اخوان الشياطين ان كنت من رهبان النصارى فالحق بهم، و ان كنت منا فسنتنا النكاح(ج) يا ابن وداعة ان المتزوجين هم المبرؤن من الخنا و الذي نفسي بيده ما للشياطين سلاح

=> و الى هذا ذهب جماهير العلماء. و قال اصحاب الظواهر انما وجب التزويج دون الوطئ، و تعلقوا بظاهر الامر في هذه الاحاديث مع القرآن، قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع و غيرها من الآيات. و احتج الجمهور بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الى قوله تعالى و ما ملكت أيمانكم فخيره سبحانه و تعالى بين النكاح و التسري بالاتفاق، و لو كان النكاح واجبا لما خيره بينه و بين التسري لانه لايصح التخير عند الأصوليين بين واجب، وغيره لانه يؤدي الى ابطال حقيقة الواجب، الخ. (ا) قوله - رهبان النصارى - الخ اقول في مجمع البحار كان النصارى يترهبون بالتخلي من اشتغال الدنيا و ترك ملاذها و العزلة عن أهلها، و تعمد مشاقها، فمنهم من يخصي نفسه و يضع السلسلة في عنقه و غير ذلك من أنواع التعذيب، فنفاها عن الاسلام. و الرهبان جمع راهب و قد يقع على الواحد، و يجمع على رهابين و رهابنة و الرهبنة فعلنة او فعللة، و الرهبانية منسوبة الى الرهبنة، الخ. (ب) قوله - نقله شيخنا... الخ - أقول في ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري بهذا النمط قوله عليه الصلوة و السلام لعكاف بن وداعة الهلالي ألك زوجة يا عكاف، قال لا، قال و لا جارية، قال لا، و أنت صحيح موسر، قال نعم و الحمد لله، قال فأنت اذاً من إخوان الشياطين، إما أن تكون من رهبان النصارى فانت منهم، و اما أن تكون منا فاصنع كما نصنع، فان من سنتنا النكاح، شراركم عزابكم، و ارازل أمواتكم عزابكم، ويحك ياعكاف تزوج فقال عكاف يارسول الله لا أتزوج حتى تزوجني من شئت، قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد زوجتك و البركة كريمة بنت كلثوم الحميري، رواه ابويعلى(١) الموصلي في مسنده من طريق بقية، فهو ايجاب على معين فيجوز أن يكون سبب الوجوب تحقق في حقه، الخ. (ج) قوله - فسنتنا النكاح .. الخ - فان قيل ان قوله عليه الصلوة و السلام النكاح سنتي، و سنتنا النكاح مطلق فاشعاره على سنية النكاح في كل حال فكيف يصح تفصيلكم قلنا لما أخبر عليه الصلوة و السلام أن النكاح سنة علم بالضرورة أنه سنته حال الاعتدال اعتبارا بحاله عليه الصلوة و السلام لانه لم يكن كثير المال، و قد عصمه الله تعالى عن فتنة الشهوة، فعلم ان الحديث مقيد بما ذكرنا، الخ.

(١) رواه ابويعلى الخ و في تحفة الاحوذى شرح الترمذي ص١٦٧ ج٢ قال الترمذي و في الباب .. و عكاف، =>

ابلغ، و قال بعضهم أنفذ في الصالحين من الرجال و النساء من ترك النكاح يا ابن وداعة انهن صواحب أيوب و داود و يوسف و كرسف، قال بأبي يارسول الله و ما كرسف، فقال رجل عبد الله على ساحل البحر خمسمائة عام، و قال بعضهم ثلاث مائة عام يقوم الليل و يصوم النهار، فمرت به امرأة فاعجبته فتبعها و ترك عبادة ربه و كفر بالله فتداركه الله عزوجل بما سلف فتاب عليه، قال بأبى و امي زوجني يارسول الله قال قد زوجتك باسم الله و البركة زينب بنت كلثوم الحميرية. و قال الذهبي عكاف بن وداعة الهلالي أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالزواج، و الحديث قوي ثم قال شيخنا زين الدين رواه أحمد في مسنده(١) قال حدثنا عبدالرزاق أنبأنا محمد بن راشد عن مكحول عن رجل عن ابي ذر رضي الله عنه قال دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل يقال له عكاف بن بشر التميمي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم هل لك من زوجة، و ساق الحديث بكماله، و روى البيهقي(٢) من حديث أبى أمامة رضي الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجوا فاني مكاثر(ا) بكم الأمم، و لاتكونوا كرهبانية النصارى. و روى

(ا) قوله - مكاثر ... الخ - أقول و انما روي هذا الحديث و لم يرو ما رواه ابوداود(٣) تزوجوا الودود الولود فاني متكاثر بكم الأمم مع قوته عما رواه لانه بصدد بيان مطلق التزوج لا التزوج الخاص و في ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري، قد اختلف هل من العبادات او المباحات، فقالت الحنفية هو سنة مؤكدة على الاصح. و قالت الشافعية من المباحات قال العمولي في شرح الوسيط المسمى بالبحر في باب النكاح فرع نص الامام على ان النكاح من الشهوات لا من القربات، و اليه اشار الشافعي رحمه الله حيث قال، قال الله تعالى زين للناس حب الشهوات من النساء و قال عليه الصلوة و السلام حبب الى من دنياكم الطيب و النساء و ابتغاء النسل، به أمر مظنون، ثم لايدري أ صالح أم طالح، انتهى. و قال النووي ان قصد به طاعة كاتباع السنة او تحصيل ولد صالح او عفة فرجه او عينه فهو من اعمال الآخرة يثاب عليه و هو للتائق، أي المحتاج له و لو خصيا و للقادر على =>

=> قال في القاموس عكاف كشداد ابن وداعة الصحابى و قال الحافظ في تعجيل المنفعة عكاف بن وداعة الهلالي و يقال ابن بسر التميمي اخرجه حديثه ابوعلى ابن السكن و العقيلي في الضعفاء و الطبراني في مسند الشاميين و اخرج ابويعلى في مسنده و ابن مندة في المعرفة (و ساق الحديث نحو رواية مسند احمد ثم قال) ذكر الحافظ طرقا اخرى ثم قال و لايخلو طريق من طرقه من ضعف انتهى باختصار ما و ذكر هذا الحديث في فتح القدير لابن الهمام بتخريج ابى يعلى ص١٠٠ ج٣. (١) مسند احمد ص١٦٣ ج٥. (٢) البيهقي في سننه باب الرغبة في النكاح ص٧٨ ج٧. (٣) ابوداود باب في تزيج الابكار ص٢٨٧ ج١ و النسائي و المشكوة كتاب النكاح قال ابن الهمام و صححه الحاكم كذا في المرقات شرح المشكوة ص١٩٣ ج٦.

ابن عدي في الكامل من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال لو لم يبق من أجلي الا يوم واحد لقيت الله تعالى بزوجة فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول شراركم عزابكم. و روى البغوي في معجم الصحابة من حديث أبي نجيح رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قدر(ا) على أن ينكح فلم ينكح فليس منا، و ابن نجيح هذا ذكره البغوي و

=> مؤن افضل من التخلي للعبادة تحصيناً للدين، و لما فيه من ابقاء النسل، و العاجز عن مؤنته يصوم و القادر الغير التائق ان تخلى للعبادة فهو افضل من النكاح، و الا فالنكاح افضل له من تركه لئلا تفضي به البطالة الى الفواحش، أنتهى. و قد تعقب الشيخ كمال الدين ابن الهمام(١) قولهم التخلى للعبادة أفضل لقوله تعالى و سيداً و حصوراً مدح يحي عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه، لان هذا معنى الحصور و حينئذ، فاذا استدل بمثل قوله عليه الصلوة و السلام اربع من سنن المرسلين، الحياء والتعطر و السواك و النكاح، رواه الترمذي، و قال حسن غريب، فله أن يقول لا أنكر الفضيلة مع حسن البينة، و انما أقول التخلي للعبادة افضل فالاولى في جوابه التمسك بحاله عليه الصلوة و السلام في نفسه، و رده على من أراد من أمته التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه، يعني حديث هذا الباب(٢) فانه عليه الصلوة و السلام رد هذا الحال رداً مؤكداً حتى تبرأ منه. و بالجملة فالافضلية في الاتباع لا فيما تخيل النفس أنه أفضل، نظراً الى ظاهر عبادة و توجه، و لم يكن الله عزوجل يرضى لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال، و كان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل بقائه على ترك الافضل مدة حياته، و كان حال يحي عليه السلام افضل في تلك الشريعة و قد نسخت الرهبانية في ملتنا، و لو تعارضا قدم التمسك بحال نبينا عليه الصلوة و السلام، و من تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق و تربية الولد، و القيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها، و اعفاف الحرم و نفسه و دفع الفتنة عنه و عنهن الى غير ذلك من الفوائد الكثيرة لم يكد يقف عن الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع اداء الفرائض و السنن، و ذكرنا انه اذا لم يقترن به نية كان مباحاً، لان المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة، و مبنى العبادة على خلافه، ثم قال و اقول بل فيه فضيلة من جهة انه اذا كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع، فالعدول اليه مع ما يعلمه من انه قد يستلزم اثقالاً فيه قصد ترك المعصية و عليه يثاب، الخ. (ا) قوله - من قدر .. الخ - أقول الأمر في هذا الحديث لمن استطاعه =>

(١) ابن الهمام في الفتح ص١٠١ ج٣. (٢) حديث هذا الباب الخ و هو ما في الصحيحين البخاري الترغيب في النكاح ص٧٥٧ ج٢، مسلم ص٤٤٩ ج١ ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لااتزوج النساء و قال بعضهم لا آكل اللحم و قال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه سولم فحمد الله و اثنى عليه و قال ما بال اقوام قالوا كذا و كذا لكنى اصلى و انام و اصوم و افطر و اتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى فرد هذا الحال ردا مؤكدا حتى تبرأ منه الخ.

ابن عبدالبر في الصحابة، و قال الكاكي قال رسول الله صلى الله ليه وسلم تزوجوا فان يوما من التزوج خير من عبادة ألف سنة، قلت ذكره صاحب الفردوس و بهذه الاحاديث أخذت الظاهرية، حيث قالوا النكاح فرض عين حتى ان من قدر على الوطئ و الانفاق يأثم بتركه، و اختلف اصحابنا فقيل فرض كفاية و به قال بعض أصحاب الشافعي، و قيل مستحب و به قال بعض أصحاب الشافعي و قيل سنة مؤكدة و قال بعضهم واجب على الكفاية. و في المبسوط النكاح مسنون مستحب في قول جمهور العلماء، و في المحيط سنة مؤكدة و في المنافع قول من قال انه فرض كفاية عند المتأخرين من مشايخنا، و قيل هو قول الكرخي، و في البدائع النكاح فرض حالة التوقان و خوف الوقوع في الزنا بلاخلاف. و في المبسوط لايسعه تركه حينئذ، و قال النسفي

=> و تاقت اليه نفسه و هذا عين مراد من قال ان النكاح واجب عند التوقان، و قريب منه ما رواه مسلم(١) قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه اغض للبصر و أحصن للفرج، و من لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء، قال الامام النووي في شرحه(٢) اختلف العلماء في المراد بالباءة هاهنا على قولين يرجعان الى معنى واحد اصحهما أن المراد معناها اللغوي و هو الجماع، فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنة النكاح فليتزوج، و من لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنته فعليه بالصوم ليدفع شهوته و يقطع شرينه كما يقطع الوجاء، و على هذا القول وقع الخطاب مع الشباب الذين هم مظنة شهوة النساء و لاينفكون عنها غالباً، الخ. و القول الثاني: أن المراد هاهنا بالباءة مؤن النكاح و سميت باسم مايلازمها و تقديره من استطاع منكم مؤن النكاح فليتزوج، و من لم يستطعها فليصم ليدفع شهوته، و الذي حمل القائلين بهذا على أنهم قالوه قوله صلى الله عليه وسلم و من لم يستطع فعليه بالصوم، قالوا و العاجز عن الجماع لايحتاج الى الصوم لدفع الشهوة فوجب تأويل الباءة على المؤن، و أجاب الأولون بما قدمناه في القول الأول و هو أن تقديره من لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنته و هو محتاج الى الجماع فعليه بالصوم. و اما الوجاء بكسر الواو و المد و هو رض الخصيتين، و المراد هاهنا ان ا لصوم يقطع الشهوة و يقطع شر المني كما يقطعه الوجاء، و في هذا الحديث الامر بالنكاح لمن استطاعه و تاقت اليه نفسه، و هذا مجمع عليه لكنه عندنا و عند العلماء كافة أمر ندب لا إيجاب، فلايلزم التزوج و لا التسري سواء خافت العنت أم لا، انتهى. أقول في هذا كون الامر أمر ندب قرينة ظاهرة، و هو أنه اختار صيغتي افعل التفضيل و هما أغض للبصر و أحصن للفرج و هو مشعر بأن الغاية المطلوبة من النكاح إحصان الفرج و غض البصر و هما حاصلان من النكاح على وجه الافضلية و الكمال، لكن افضلية شئ لاينافي فضيلة مخالفه، بخلاف الفرضية فانها تستلزم حرمة ضده.

---

(١) مسلم باب أستحباب النكاح ص٤٤٩ ج١. (٢) في شرحه شرح المسلم ص٤٤٨ ج١.

قال النكاح ينعقد بالايجاب و القبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي،

النكاح سنة يعني في حال الاعتدال، و عند التوقان يجب، و هو غلبة الشهوة، و قالوا في حالة الجور مكروه، لانه لاتظهر المصالح المطلوبة من النكاح في حالة الجور. فان قلت روى عن حذيفة رضي الله تعالى عنه قال اذا كان سنة خمس و مائة فلان يربى أحدكم جرو كلب خير له من أن يربي ولداً، و روى ايضا خيركم في المأتين الذي لا أهل له و لا ولد، قلت قال ابن حزم و هما موضوعان لانهما من رواية أبي عاصم داود بن الجراح العسقلاني لايحتج به، و بيان وضعهما انه لو استعمل الناس ما فيهما من ترك النسل لبطل الاسلام و الجهاد و الدين، و غلب اهل الكفر، فظهر كذب رواته بلاشك، انتهى كلامه. (قال النكاح ينعقد بالايجاب و القبول) اراد به أن النكاح ينعقد بالعقد الشرعي الذي يوجب حل المرأة بنفسه، و انما قيد بنفسه احترازاً عن البيع، فانه يوجب حلها بواسطة ملك الرقبة و العقد الربط، يقال عقد الحبل اذا ضم أحد طرفيه بالاخر و هي العقدة، و منها عقدة النكاح و الانعقاد مطاوعه فيصير كلام احد العاقدين منضما(ا) الى الآخر حكماً، و يحصل تركيب شرعي له آثار مخصوصة عند وجود الشرائط، و اراد بالايجاب اخراج الممكن من الامكان الى الوجود على ما هو المعروف عند المتكلمين لا الايجاب الذي يعاقب بتركه، و قوله زوجت و تزوجت آلة انعقاده، و قوله ينعقد بالايجاب اشارة(ب) الى هذا، لان الباء تدخل على الآلة كما يقال قطعت بالسكين و كتبت بالقلم، و كذا قولهم البيع ينعقد هكذا، يعنون به العقد الشرعي الذي يوجب الملك في المحل. (بلفظين) قيد باللفظين ليخرج الكتابة، فانه لو كتب رجل على شيئ لامرأة زوجيني نفسك، فكتبت المرأة على ذلك الشئ عقيبه زوجت نفسي منك، لاينعقد النكاح و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (يعبر بهما) اي يبين بهما لان التعبير و العبارة البيان (عن الماضي) اي عن صيغة الفعل الماضي بان تقول المرأة زوجت نفسي منك، و يقول الرجل قبلت (لان الصيغة و ان كانت للاخبار وضعا) اي للاخبار في اصل

(ا) قوله – منضما إلى الآخر حكماً – أقول و انما قال حكماً لفقدان الارتباط الحسي، لانه فرع الاجتماع و الالفاظ خروجها بالتدريج، لان التلفظ منطبق على حركة اللسان و الحركة منها أجزاء غير قارة على ان الاعراض القائمة في محال مختلفة كالايجاب و القبول كيف ترتبط بارتباط حسي او عقلي، الخ. (ب) قوله – اشارة ... الخ – اقول هذا جواب سوال مقدر، و هو ان الايجاب و القبول ركنان للنكاح و لايصح أن يقال ان شيئا مرتبط باركانه، لان الارتباط بين الشيئين فرع التغاير من حيث التحقق و الوجود، فاجاب ان الباء ليس صلة ينعقد، بل للسببية. فان قيل هذا التاويل لايدفع الاعضال و لايحل عقدة الاشكال، لان الانعقاد يكون بين الشيئين والطرف الآخر هاهنا مفقود، قلنا المراد منه المعنى اللغوي يعني بهم بستن و حاصله أن يتحقق.

لان الصيغة و ان كانت للاخبار وضعاً فقد جعلت للانشاء شرعاً دفعاً للحاجة. و ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي، و بالآخر عن المستقبل

الوضع، لان الاخبار اظهار ما كان او سيكون لا لاثبات ما لم يكن، لان قولك قمت لايوجد القيام، و كذلك قولك تزوجت لايثبت التزوج وضعاً و لغة (فقد جعلت) اي الصيغة. (للانشاء شرعاً) أي من حيث(ا) الشرع، لان الانشاء اثبات أمر لم يكن و انما جعلت انشاء (دفعاً للحاجة) لان الحاجة كانت متحققة في الجاهلية، و كانت لهم انكحة معتبرة قال عليه الصلوة و السلام ولدت من نكاح(١) و لم أولد من سفاح، فقررها الشارع، و انما اختير لفظ الماضي للانشاء، لانه يقتضي سبق الوجود، فيكون أدل على الوجود حقاً له، و الفرق بين الانشاء و الاخبار ان الانشاء سبب لمدلوله(ب) و ليس الاخبار سبباً لمدلوله، و لان الانشاء يتبعه مدلوله، و الاخبار يتبع المدلول، و لان الانشاء لايحتمل التصديق و التكذيب و الاخبار يحتملهما. (و ينعقد(ج) بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي و بالآخر عن المستقبل) قال الامام حميد الدين نظير الانعقاد بالماضي و المستقبل مثل أن يقول الرجل إني تزوجت و قالت المرأة زوجت نفسي منك، قيل يصح النكاح، و يكون لفظ المستقبل كالماضي تبعاً للماضي، و ما ورد في الكتاب مثل قوله

(ا) قوله – من حيث الشرع – اقول قال المولوي عبدالغفور قلت التخصيص بالشرع ليس بمحتاج اليه، لان نقل بعض الالفاظ الى الانشاء قد ثبت في اللغة ايضاً، لنقل نعم الى انشاء الذم، و نقل ما احسن زيداً الى انشاء التعجب فليكن هذه الالفاظ منقولة الى الانشاء لغة ايضاً و هي مستعملة في لسان الشرع على وفق اللغة، انتهى، اقول مجرد الاحتمال بنوع من القياس بلانقل من اهل اللغة لايجوز فيها، و كيف فان الحاجة كانت متحققة في الجاهلية، و لم يكن رواج الانعقاد بهذا النمط الشرعي، الخ. (ب) قوله – سبب لمدلوله – اقول لانه اثبات امر لم يكن قبل، فالامر المثبت بالفتح مدلوله، و علة ثبوته ليست الا هو، الخ. (ج) قوله – و ينعقد بلفظين – و نعم ما قال المولوي الهداد، قلت الباء للسببية لا صلة الانعقاد يدل عليه اعادة قوله ينعقد، و لو كان صلة كما في قوله أولاً و ينعقد بالايجاب الخ لما اعاده فلايرد أن الانعقاد فيما اذا كان قال زوجني فيقول زوجتك بلفظ الماضي القائم مقام الايجاب و القبول لابقوله زوجني لانه توكيل و ليس بايجاب، و ذلك لان الانعقاد فيما اذا قال هاهنا، و ان كان بلفظ الماضي و سنتنا النكاح فلاشك ان زوجني لولاه بما انعقد انتهى، و قريب منه ما قال الشارح العلامة لكن قوله زوجتك لايكون بمنزلة .. الخ لكنه جعل قوله زوجني شطر العقد حكما بالاستحسان فلاحاجة الى التاويل المذكور عنده، الخ.

---

(١) ولدت من نكاح الحديث اخرج في تلخيص الحبير ص١٧٢ ج٣ و البداية ص٢٦٣ ج٢ كذا في موسوعة اطراف الحديث ص٤٤٦ ج١٠.

مثل أن يقول زوجني فيقول(١) زوجتك، لان هذا توكيل بالنكاح.

(مثل أن يقول) أي الرجل (زوجني فتقول) أي المرأة(٢) (زوجتك) قال حميد الدين، قيل انه غير صحيح، لان قوله - زوجني - توكيل، فلايكون شرط العقد، قال و النظير الواضح ما قلنا، و يجاب بأن الواحد يتولى طرفي العقد في النكاح دون البيع و هو معنى قوله (لان هذا) أي زوجني (توكيل بالنكاح) و الواحد يتولي طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى. و الحاصل ان قوله - زوجتك - بمنزلة الايجاب و القبول، و الوكيل بمنزلة شخصين و الواحد يتولى طرفي العقد في النكاح، لكن قوله - زوجتك - لايكون بمنزلة شطري العقد، الا بقوله زوجني لان به يصير وكيلا، فصار كأنه شطر العقد بخلاف البيع فانه لايتولى فيه الواحد طرفى العقد الا الاب و الجد استحساناً. و الفرق بين النكاح و البيع ان الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل و الوكيل بالنكاح ليس كذلك، لانه لا يطالب بتسليم المهر و لا غيره، و في شرح الاسبيجابي قدرة الزوج على الرد يفضي الى الاضرار بها و الحاق العار و الشنار بقبيلتها، لانهم اذا اوجبوا العقد عند قوله - زوجني - بأن قال الولي زوجتك مثلا لو لم يتم العقد بهذا جاز للزوج أن يرجع و يلحق بالولي عار و شنار، و هذا لايجوز، لانه يقال زوجه بنته فلم يقبله بخلاف البيع حيث لا عار في رده، و كذا لو قال الزوج جئتك لتزوجني ابنتك اوجئتك خاطبا ابنتك فقال له الاب قد زوجتك صح النكاح و لزم، و كذا لو قال لامرأة أتزوجك على ألف درهم، فقالت قد تزوجتك على ذلك صح، لان النكاح لايحضره السوم و في خزانة الاكمل أتزوجك بكذا، أو أخطبك على كذا، فقالت قد زوجتك نفسي صح، و هو استحسان، بخلاف البيع و الخلع، ذكره السرخسي. و في المرغيناني ينعقد بقوله زوجتك و يقول الآخر قبلت، أو قال أتزوجك فقالت قد فعلت، و لو قال خطبتك بألف فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحاً. و في خير مطلوب عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى قال زوجني بنتك، فقال قد زوجتك صح، قال قد زوجتك بنتي بألف، فقال قبلت، و سكت عن المهر صح، و إن قال قبلت و لا أقبل المهر لايصح، لانه رد، و عن أبي حفص الكبير يصح، لان المال في النكاح تبع، و قال المرغيناني قال زوجني ابنتك فقال ارفعها و اذهب بها حيث شئت بحضرة الشهود لاينعقد. و قال الامام محمد بن الفضل ينعقد قال زوجت ابنتي و لم يزد على هذا فقال ابوالصغير قبلت يقع للاب، الا ان يقول قبلت لابني و هذا يدل على ان من قال بعت هذا فقال الآخر قبلت أو اشتريت صح، و ان لم يقل بعت منك اذا كان بينهما مقدمات البيع قالت تزوجتك على كذا ان أجاز أبى أو رضي فقال قبلت لايصح، و لو كان أبوها حاضرا في المجلس يسمع فقال

---

(١) فيقول - ن - فتقول. (٢) اي المرأة و في نسخة اخرى فيقول اي فيقول الآخر.

أجزت او رضيت جاز، و لو قالت زوجت نفسي منك فقال قبلت جاز. و في الذخيرة صرت امرأة لي فقالت نعم او صرت اختار(ا) المشايخ انه ينعقد، و في جوامع الفقه لو قال(ب) هذه زوجتي بحضرة الشهود لايصح على المختار قضاء و يصح بينه و بين الله، و لو قال تزوجتك ان رضيت او رضي فلان و هو في المجلس فقالت رضيت او قال رضيت جاز، و في القنية قام احد الزوجين قبل القبول بطل، و في بطلان البيع روايتان، و في البدائع و الفور في القبول ليس بشرط عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى له بنت واحدة و قال زوجتك بنتي صح، و ان كان له بنتان لم يصح تزوج حاضرة منقبة لم يعرفها الشهود و لم يذكروا اسمها و نسبها يجوز له بنت(١) واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي عائشة لم يصح الا ان يقول عائشة هذه، لان الاسم لغو في المشار اليها.

تزوج امرأة في بيت فقبلت و ليس معها غيرها فسمعوا كلامهما صح، و ان كان معها غيرها لم يصح الا اذا عرفوا كلامها سميت في الصغر باسم و في الكبر باسم زوجت بالاعرف. قالت زوجت نفسي بعد انقضاء عدتي لايصح(ج) و كما لايصح(د) تعليق النكاح بالشرط لايجوز اضافته

(ا) قوله – اختار المشايخ – اقول لان اللام في قوله لي اما للانتفاع و الانتفاع عنها من حيث انها امرأة لايمكن الا بعد الاستمتاع عن ملك المتعة، و أما للاختصاص فيكون معنى كلامه صرت امرأة لي أي صرت امرأة مختصة لي، و هذا يدل على اختصاص تمكن الزوج على ملك المتعة و التمليك و هو تمليك ملك المتعة الخ. (ب) قوله – لو قال هذه ... الخ – لانه جملة اسمية لاتدل على احداث التزوج و المناكحة الخ. (ج) قوله – لايصح – أقول لانه ليس بانشاء للنكاح، بل عدة له، الخ. (د) قوله – و كما لايصح تعليق .. الخ – أقول المراد منه أن يقول مثلا ان دخلت الدار فزوجتك، فانه ليس بايجاب للنكاح بل للتزوج بعد وجود الشرط، و ليس المراد منه منع تعليق الشرط أي شرط كان و كيف فانه عليه الصلوة و السلام قال أحق ماوفيتم من الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج، رواه البخاري(٢) في ارشاد الساري في شرح البخاري، ثم ان الشروط ان لم يتعلق به غرض كشرط ان ينفق عليها او يقيم بها لايؤثر في النكاح و لا في الصداق، و ان لم يوافق مقتضى النكاح فان لم يخل بمقصود العقد كشرط ان لاينفق او لايتزوج عليها او لايسافر بها او لايقسم او يسكنها مع ضرتها صح النكاح لقدم الاخلال بمقصوده و لانه لايتأثر بفساد العوض فبفساد الشروط أولى لكن لها مهر المثل لا المسمى بفساد =>

(١) له بنت الخ راجع لنحو هذه الفروع فتح القدير ص١٠٤ ج٣ و مابعده و الفتاوي الهندية ص٢٦٨ ج١ و مابعده و البحر ص٩١ ج٣ و غيرذلك. (٢) البخاري كتاب الشروط باب الشروط في المهر ص٣٧٦ ج١ و كتاب النكاح باب الشروط في النكاح ص٧٧٤ ج٢ و راجع لهذا المقام عمدة القاري باب الشروط في المهر ص٢٩٩ ج١٣ و باب الشروط في النكاح ص١٤٠ ج٢٠.

الى وقت مستقبل له بنتان أيم(ا) و ذات زوج، فقال زوجتك بنتي و لم يسمها صح. زوجت نفسها منه فلم يقبل شيئاً بل دفع اليه المهر في المجلس فهو قبول، قاله برهان الدين السمرقندي و برهان الدين صاحب المحيط، و قال القاضي بديع الدين لاينعقد(ب). قال لامرأة السلام(ج) عليك يازوجتي فقالت السلام عليك يا زوجي، لاينعقد، ذكره على السعدي و يصح نكاح الهازل و الملاعب و به قال ابن حنبل رحمه الله تعالى(١) و هو المشهور من مذهب مالك رحمه الله تعالى ذكره في الذخيرة، قال عليه الصلوة و السلام ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة، رواه الترمذي(٢) و هو حجة على الشافعي رحمه الله تعالى في النكاح. قلت و رواه ابوداود ايضا و فيه أن طلاق الهازل و نكاحه و رجعته مؤاخذ به، و لايلتفت إلى قوله كنت هازلاً و لايدين أيضاً فيما بينه و بين الله عزوجل، و قد ذهب بعض المالكية الى ان نكاح الهازل غيرصحيح، فقال على بن زياد منهم لايجوز نكاح هزل و لا لعب، و يفسخ قبل البناء و بعده، و عن ابن القاسم نحوه و قال ابوبكر بن اللبان منهم انه صحيح لازم. قال شيخنا زين الدين و هو

=> الشروط لانه ان كان لها فلم ترض بالمسمى وحده و ان كان عليها فلم يرض الزوج ببذل المسمى الا عند سلامة ما شرط، فاذا فسد الشرط و ليس له قيمة يرجع اليها وجب الرجوع الى مهر المثل، و ان أخل به كشرط أن يطلقها و لو بعد الوطئ او ان له الخيار في النكاح قال الحناطي و لو شرط انها لا ترثه او انه لايرثها او انهما لايتوارثان او على ان النفقة على غير الزوج بطل للاخلال المذكور، و في قول يصح و يبطل الشرط، قال البلقيني وغيره و هذا هو الاصح. و وجهه ان الشرط المذكور لايخل بمقصود العقد و لو شرط الزوج ان لايطأها فلايبطل، و قال احمد يجب الايفاء بالشرط انتهى. (ا) قوله – أيم و ذات ... الخ – أقول الايم من لا زوج لها بكراً كانت او ثيباً الخ. (ب) قوله – لاينعقد – أقول لان المهر في النكاح ليس كالثمن في البيع لانه منعقد مع تسمية المهر و عدمها بخلاف البيع، فدفع المهر ليس قرينة على القبول بل يجوز ان يدفع اليه قبل القبول لطمأنينة المرأة الخ. (ج) قوله – السلام عليك .. الخ – اقول لان المقصود في النداء اقبال المنادي فقط فهو لايتضمن الايجاب و القبول الخ.

---

(١) ابن حنبل رحمه الله تعالى راجع اوجز المسالك ص٣٢٦ ج٤ و قد افاد شيخ الحديث رحمه الله تعالى و اجاد و المغنى ص٤٣١ ج٧ و اعلاء السنن باب لعب النكاح و جده سواء ص١٣٢ ج١١ و بذل المجهول طبع بيروت ص٢٨٥ ج١٠ و عمدة القاري باب الطلاق في الاغلاق و الكره الخ ص٢٥١ ج٢٠. (٢) الترمذي باب في الجد و الهزل في الطلاق ص١٤٢ ج١ و ابوداود باب في الطلاق على الهزل ص٣٠٥ ج١ و ابن ماجة كتاب الطلاق باب من طلق او نكح او راجع لاعبا ص١٤٨ و الحاكم و الدارقطني و التفصيل في التلخيص و الاوجز.

و ينعقد بلفظ النكاح و التزويج و الهبة و التمليك و الصدقة.

قول عامة العلماء، و روي ذلك عن علي و ابن مسعود و عطاء و هو قول ابي حنيفة و الشافعي رضي الله تعالى عنهم. (و ينعقد) أي النكاح (بلفظ النكاح) بأن يقول انكحني، فيقول نكحتك، و في بعض النسخ بلفظ الانكاح بأن يقول انكحني ابنتك فيقول انكحتك (و التزويج) أي و بلفظ التزويج نحو تزوجني فيقول تزوجتك (و الهبة) أي و بلفظ(ا) الهبة بأن يقول هبي لي نفسك، فتقول وهبت، او يقول لأبيها هب لي ابنتك، فيقول وهبت (و التمليك) اي و بلفظ التمليك بأن يقول ملكني بنتك، فيقول ملكتك (و الصدقة) أي و بلفظ الصدقة بأن يقول تصدقي لي بنفسك، فتقول تصدقت، و بهذا كله قال مجاهد و الثوري والحسن بن صالح و مالك و ابوثور و ابوعبيد و داود. و في المبسوط و المحيط الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان(١) صريح و كناية، فالصريح لفظ النكاح و التزويج عرفاً و شرعاً و كناياته ثلاثة أنواع ما ينعقد به، و ما لاينعقد به و ما اختلف فيه. أما الأول: فالتمليك و الهبة و الصدقة و نحوها. و الثاني: و هو ما

(ا) قوله - و بلفظ الهبة - اقول فان قيل كيف ينعقد النكاح بلفظ الهبة و هو من الفاظ الطلاق كما اذا قال الزوج لامراة وهبت نفسك منك فلايكون موجباً لضده، قلنا هو منقوض بما اذا قال الزوج لامرأته قد تزوجي اذا نوى به الطلاق تطلق و هو من الفاظ النكاح و الحل ان الهبة انما تكون من الفاظ الطلاق اذا صدرت من الزوج و الكلام فيما اذا صدرت من المرأة فلانسلم انه من الفاظ الطلاق و لك ان تقول ان الكلام فيما اذا كان الموهوب مغاير للموهوب له بالحقيقة و فيما ذكر من المثال ليس كذلك، و فيه لو اعترض بقول الزوج لامرأته وهبتك لاهلك لايتم هذا الجواب و عند الشافعي رحمه الله لاينعقد الا بلفظ النكاح و التزويج و انعقاده بلفظ الهبة مختص بالنبي صلي الله عليه وسلم لقوله تعالى (خالصة لك) و لنا ان قوله تعالى (ان وهبت نفسها) مجاز عن التزوج و المجاز لايختص بحضرة الرسالة، لان المعتبر في المجاز وجود العلاقة و لايشترط السماع لافراد المجازات سواء وجدت العلاقة بحسب اللغة او بحسب الشرع فصحة العلاقة مصححة للمجاز و العلاقة موجودة فيما نحن فيه لان الهبة موضوعة لملك الرقبة و النكاح لملك المتعة و ملك الرقبة سبب لملك المتعة، فاطلق اللفظ الذي وضع لملك الرقبة، و اريد به ملك المتعة الخ.

---

(١) نوعان الخ و في فتح القدير ص١٠٥ ج٣ حاصل الالفاظ المذكورة ههنا اربعة اقسام، قسم لاخلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب و قسم فيه في المذهب و الصحيح الانعقاد و قسم فيه خلاف و الصحيح عدم الانعقاد و قسم لاخلاف في عدم الانعقاد و الاوجه ان ترتب على هذا الترتيب ليلى كل قسم ما هو اقرب اليه و هكذا فعل المصنف الا في لفظ الوصية انتهى و راجع لنحو هذه الفروع الفتح و الهندية و نحوهما.

لاينعقد به الاحلال و الاباحة و التمتع و الخلع و الاقالة و الاجارة و الشركة و الاعتاق و الكتابة و الولاء و الايداع. و الثالث: ما اختلفوا فيه البيع و الشراء و لو قالت بعتك نفسي او قال الأب بعتك ابنتي بكذا، او قال الرجل اشتريتك بكذا، فاجابت بنعم، فقد اختلف فيه المشايخ، و كان ابوالقاسم البلخي يقول بجوازه، و اليه اشار محمد في كتاب الحدود، و قال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها او اشتريتها فسوى بينهما، و قال يسقط عنه الحد فيهما فجعله دعوى النكاح، و هو رواية ابن رستم عن ابي حنيفة و هو الصحيح، ذكره في الذخيرة وغيره، و قال ابوبكر الأعمش لاينعقد بلفظ البيع، و في جوامع الفقه و ينعقد النكاح بكل لفظ شرع لتملك العين بغير نية اذا ذكر معه المهر كالبيع و الهبة و الصدقة، و ان لم يذكر المهر ينعقد بالنية. و في البدائع و التحفة ينعقد عند الكرخي بلفظ الاجارة و الاعارة، و عند عامة الأصحاب لاينعقد بهما، و في القرض قيل لا(ا) ينعقد، و قيل ينعقد به لانه يفيد ملك الرقبة للمستقرض.و في المرغيناني ينعقد على قياس قول ابي حنيفة و محمد، لانه يفيد الملك عندهما في العين، و بلفظ السلم قيل لاينعقد و قيل ينعقد به، لانه يفيد ملك الرقبة و ينعقد السلم(ب) في الحيوان حتى لو قبضه ملكه ملكاً فاسداً. و اختلفوا(ج) في الصرف، قيل لاينعقد به و قيل ينعقد و لاينعقد بالوصية. و عن الطحاوي ينعقد و في الرهن اختلف المشائخ و قال الجرجاني لاينعقد بالاقالة لانها موضوعة للفسخ. و كذا الصلح لكونه لاسقاط الحق لا لابتداء العقد. و قال السرخسي ينعقد بلفظ الصلح و العطية، و روي بشر عن ابي يوسف انه ينعقد بلفظ الرد، صورته طلق امرأته بائناً فقالت رددت نفسي عليك بكذا كان نكاحاً اذا قبل. و في الذخيرة قال أتزوجك متعة لاينعقد. و في الهارونيات عنه ينعقد و يلغو لفظ المتعة، و في المنتقى أتزوجك متعة فهو باطل، و في المرغيناني أتمتع بك مدة كذا لاينعقد الا اذا كانا لايعيشان الى تلك المدة غالباً كمائتي سنة و ثلاثمائة سنة، لأنه مؤبد حكما و قال المرغيناني النكاح لاينعقد بالجعل، قال في الذخيرة هذا

(ا) قوله – قيل لاينعقد – أقول لان الاستقراض غير جائز في الحيوانات فلايصير سبباً لحكم النكاح، و فيه بحث و هو انه مجاز في النكاح و لايشترط صحة المعنى الحقيقي في المجاز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى، كما بين في الاصول كذا في بعض شروح الوقاية. (ب) قوله – و ينعقد السلم – أقول هذا جواب سؤال مقدر، و هو ان السلم لايصح في الحيوانات، فكيف ينعقد النكاح به، فاجاب انه ينعقد و لو كان القبض فيه ملكاً فاسداً، و ليت شعري لاحاجة الى هذا التكلف، لان صحة امكان الحقيقة عند ابي حنيفة رحمه الله ليس بضروري. (ج) قوله – و اختلفوا في الصرف – أقول فيه سؤال و جواب مثل ما تقدم في الاستقراض فتأمل، الخ.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاينعقد الا بلفظ النكاح و التزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه و لامجازاً عنه لان التزويج للتلفيق و النكاح للضم و لا ضم و لا ازدواج بين المالك و المملوك اصلاً. و لنا أن التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة و هو الثابت بالنكاح و السببية طريق المجاز،

ليس بصحيح، و في نوادر ابن رستم عن ابي يوسف اذا قالت امرأة لرجل جعلت نفسي لك بألف بحضرة الشهود فقال قبلت يكون نكاحاً، و لو عقداه بلفظ يفهمان بكونه نكاحاً و لايعلمان به اختلف المشايخ فيه. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى(١) لاينعقد الا بلفظ النكاح و التزويج) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و هو قول سعيد بن المسيب و عطاء و الزهري (لان التمليك ليس حقيقة فيه) أي في النكاح أو في التزويج(ا) لأنه لو كان حقيقة فيهما يلزم الترادف و هو خلاف الأصل (و لامجازاً عنه) أي عن النكاح او التزويج، لان المجاز يقتضي المشاكلة في المعاني و لم يوجد (لان التزويج للتلفيق) يقال لفقت(٢) الثوبين و لفقت أحدهما بالآخر اذا لاءمت بينهما بالخياطة، و يقال أحاديث ملفقة بعضها الى بعض (و النكاح للضم و لا ضم و لا ازدواج بين المالك و المملوك أصلا) و لهذا لو اشترى منكوحة يفسد النكاح، و لو كان بينهما ملائمة لما فسد. (و لنا ان التمليك سبب لملك المتعة) يعني تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادفت محل المتعة لافضائه اليه، و ملك المتعة هو الثابت بالنكاح و السببية طريق المجاز، و قيد بقوله (في محلها) اي في محل المتعة احترازاً عن تمليك الغلمان و البهائم و الأخت من الرضاعة و الأمة المجوسية فانها ليست محلاً لملك المتعة (بواسطة ملك الرقبة) يتعلق بقوله التمليك سبب لملك المتعة (و هو الثابت) أي ملك الرقبة و هو الثابت (بالنكاح) فكان بينهما اتصال باعتبار السبب (و السببية طريق المجاز) و ان لم يكن اتصالاً من جهة المعنى(ب) فصحت الاستعارة فيكون من

(ا) قوله - لأنه الخ - هذا جواب سؤآل مقدر و هو انه من أين علمتم ان التمليك لم يوضع للتزويج بل يجوز ان يوضع له كما يوضع للمعنى المشهور، لان عدم العلم بالشيئ لا يستلزم عدمه فاجاب بان الترادف خلاف الاصل فلايذهب اليه الاحتمال بغير ثبوته من الدليل القوي. (ب) قوله - المعنى .. الخ - أقول فان قيل ان النكاح موضوع لملك المتعة فاذا لم يكن الايجاب و القبول من لفظ النكاح و التزويج لم ينعقد لانهما ليسا بموضوعين =>

---

(١) قال الشافعي الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٢١٠ ج١٦. (٢) لفقت الخ و في لسان العرب لفق الشيئين (من باب ضرب) و لفقهما (من باب التفعيل) ضم احداهما الى الاخرى فخاطهما و احاديث ملفقة اى اكاذيب مزخرفة أنتهى مختصرا.

و ينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز. و لاينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح

باب اطلاق السبب على المسبب، قال الأكمل(١) و اعترض بان ملك الرقبة اذا ورد(ا) على ملك النكاح أفسده، فكيف يثبت النكاح به و أجيب بأن افساده للنكاح ليس(ب) من حيث تحريم الوطئ لامحالة، بل من حيث ابطال ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم و تقرير النفقة و السكنى و المنع من العزل، و حينئذ لامنافاة بين ما يثبته و ينفيه فجازت الاستعارة. (و ينعقد) أي النكاح (بلفظ البيع) بأن قالت(ج) المرأة بعتك نفسي او قال الأب بعت بنتي منك بكذا و كذا بلفظ الشراء قال اشتريتك بكذا فأجابت بنعم (هو الصحيح) يعني انعقاد النكاح بلفظ البيع هو الصحيح، و احترز به عن قول ابي بكر الاعمش، فانه قال لاينعقد بلفظ البيع، و قد ذكرناه عن قريب (لوجود طريق المجاز) لان الملك سبب ملك المتعة في محله فيجوز استعارته (و لاينعقد بلفظة الاجارة) بأن تقول(د) امرأة أجرت نفسي منك بكذا، أو يقول الاب أجرت ابنتي بكذا و نوى به النكاح و اعلم الشهود الذين حضروا ذلك فانه لايجوز (في الصحيح) احتراز عن

=> لملك المتعة على هذا التقدير و التقرير على نهج القانون المنطقي على هذا الطريق أن النكاح مجموع الايجاب و القبول لانهما تمام حقيقته فيتحقق من تحققهما و الا يستلزم المجعولية الذاتية، و مجموعهما اذا لم يكن بلفظ النكاح و التزويج لم يكن موضوعا لملك المتعة لعدم دلالة اللفظ الذي يكون غير لفظ النكاح و التزويج على ملك المتعة من حيث الوضع فينتج ان النكاح ليس بموضوع لملك المتعة، قلنا ان النكاح عقد شرعي و لفظ الايجاب و القبول دال عليه كما ان الايجاب و القبول معنى شرعي و الدال عليهما يكون معناهما من لفظين، و بهذا قال الشارح في صدر الكتاب يعبر بهما عن الماضي، الخ. (ا) قوله - اذا ورد ... الخ - أقول الا ترى ان الزوج لو اشترى منكوحة فسد النكاح، و لو كان بين التمليك و الازدواج ملائمة لما فسد بل تأكد، الخ. (ب) قوله - ليس من حيث ... الخ - أقول فلامنافاة بين موجباتهما من حيث ملك المتعة التي هو الوطئ و قد كان مدار الاستعارة على صحتها، الخ. (ج) قوله - بان قالت ... الخ - و هاهنا كلام و هو ان امكان المعنى الحقيقي شرط عندهما و بيع الحر لايصح بحال فينبغي ان لاينعقد بلفظ البيع عندهما ايضاً كم لاينعقد عند الشافعي رحمه الله الا ان يقال الحرة المرتدة يجوز سبيها فيصح بيعها فكان الحر مما يصح بيعه بهذا الاعتبار هكذا قال (المحشى) الجلبي و فيه نظر لان الصحة بالنظر الى الحرة المرتدة لايستلزم الصحة بالنظر الى الحر و الا فقابلية النوع او الجنس يكفي في تقابل العدم و الملكة فيستقيم صحة المعنى الحقيقي، الخ. (د) قوله - بأن تقول ... الخ - أقول و أما اذا جعلت الحرة اجر في الاجارة بان قال انسان لآخر استاجرت دارك منك بابنتى و قبل الآخر، ينعقد النكاح، كذا في التبيين.

(١) قال الاكمل في العناية ص١٠٦ ج٣.

لأنه ليس بسبب لملك المتعة و لا بلفظ الاباحة و الاحلال و الاعارة لما قلنا و لا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافاً الى ما بعد الموت. قال و لاينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين

قول الكرخي فانه قال ينعقد(ا) بها (لانه) أي لان لفظ الاجارة (ليس بسبب لملك المتعة) لان الاجارة لاتنعقد الا مؤقتة و النكاح لاينعقد الا مؤبداً و بينهما تغاير على سبيل المنافاة، فلا تصح الاستعارة. (و لا بلفظ الاباحة) أي و لاينعقد النكاح أيضا بلفظ الاباحة (و الاحلال و الاعارة لما قلنا) انه ليس سبباً لملك، اما الاباحة و الاحلال، فان من أحل او اباح طعاما لغيره لايملكه، و انما يتلفه على ملك المبيح. و اما الاعارة فانها تمليك المنفعة بغير عوض، فلا توجب ملكاً يستفاد به ملك المتعة (و لا بلفظ الوصية) اي و لاينعقد ايضا بلفظ الوصية بأن يقول الاب اوصيت لك بابنتي (لانها) أي لان الوصية (توجب الملك مضافاً الى ما بعد الموت) فلامناسبة بينهما، فلاتصح الاستعارة. و عن الكرخي لو قال أوصيت لك بابنتي الآن، فانه(ب) ينعقد أو قال أوصيت لك بضع جاريتي في الحال بكذا و قبل الآخر ينعقد النكاح، و اعلم ان الاعتبار بهذه الالفاظ يعقد شبهة فيسقط به الحد، و يجب به أقل من المسمى و من مهر المثل عند الدخول، كذا في المبسوط(١). (قال و لاينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين) الشهادة في النكاح شرط عندنا، و هو مذهب سعيد بن المسيب و جابر بن زيد و الحسن البصري و ابراهيم النخعي و سفيان الثوري و الاوزاعي و قتادة و الشافعي و احمد، حكاه ابن المنذر في الاشراف، و قال عبد الرحمن بن مهدي و يزيد بن هارون و عبيد الله بن الحسن و أبو ثور يجوز من غير شهادة و زوج ابن عمر بغير شهود، و كذا فعل الحسن بن علي و ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم، و به قال ابن أبي ليلى و عثمان البتى ذكره السرخسي(٣) و قالت طائفة يجوز بغير شهود اذا اعلنوه(ج) و هو

(ا) قوله - ينعقد بها - أقول(٢) لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة و إن جعل في حكم العين، و قد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فآتوهن أجورهن و ذلك دليل على انه بمنزلة اجارة، لانها وضعت لتمليك المنفعة، و الاصح ان لاينعقد، لان الاجارة ليست بسبب لتمليك المتعة بل هي موجبة لملك المنفعة و به لايستفاد ملك المتعة. (ب) قوله - فانه ينعقد - أقول لان المانع في صحة النكاح لم يكن في الوصية الا اضافة ملكها الى مابعد الموت، لكن احتمال الاضافة اليه مرفوع عن قوله الآن فينعقد بلامانع. (ج) قوله - اذا أعلنوه - اقول لان المقصود من حضور الشاهدين الاعلان و التشهير و هو حاصل في هذا التقدير.

---

(١) المبسوط و كذا في فتح القدير ص١١٠ ج٣. (٢) اقول الخ كذا في الكفاية ص١٠٨ ج٣. (٣) السرخسي في المبسوط ص٣٠ ج٥ باب النكاح بغير شهود و راجع لهذا المبحث اوجز المسالك ص٢٨١ ج٤ و المغنى =>

حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل و امرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف. قال رحمه الله تعالى اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه الصلوة و السلام لا نكاح الا بشهود، و هو حجة على مالك رحمه الله تعالى في اشتراط الاعلان دون الشهادة.

قول الزهري و مالك و اهل المدينة، ثم انه قيد شهادة الشاهدين بتوصيفهما بقوله (حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل و امرأتين) سواء (كانوا عدولاً او غير عدول أو محدودين) أي او كان الشاهدان محدودين (في القذف) ثم يذكر ما في هذه الاوصاف للشهود بما فيه الخلاف و التعليل. (قال) أي المصنف (رحمه الله تعالى اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لانكاح الا بشهود) هذا غريب(١) بهذا اللفظ، و ينبغي ان يستدل بما رواه ابن حبان(٢) في صحيحه، من حديث الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولي و شاهدي عدل و ما كان من النكاح على غير ذلك فهو باطل، فان(ا) تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له قال و لايصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر، قال الاكمل(٣) و اعترض بانه خبر واحد، فلايجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طالب لكم من النساء و غيره من الآيات له و أجاب الامام فخر الاسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة على كتاب الله. قلت هذا فيه(ب) نظر لايخفى (و هو) أي الحديث المشهور (حجة على مالك رحمه الله تعالى في اشتراط الاعلان دون الشهادة) هذا الحديث لم يثبت بهذا اللفظ، فكيف يكون حجة على مالك، نعم حديث عائشة رضي الله تعالى عنها المذكور حجة عليه. و احتج مالك رحمه الله تعالى بما رواه الترمذي(٤) حدثنا أحمد بن منيع عن يزيد بن هارون عن عيسى بن ميمون عن

(ا) قوله -فان تشاجروا- اقول التشاجر الخصومة و النزاع من شجر الامر اذا اختلط، و اشتجر القوم و تشاجر اذا تنازعوا و اختلفوا. (ب) قوله - فيه نظر - أقول و هو ان اختلاف الائمة فيه مروى فكيف يصح أنه حديث تلقته الامة بالقبول، و الاولى في الجواب ان يقال ان النص عام قد خص منه المحرمات، فيجوز التخصيص بخبر الواحد.

=> ص٣٣٧ ج٧ و اعلاء السنن باب لا نكاح الا بشهود ص١٦ ج١١ و فتح القدير ص١١٠ ج٣. (١) غريب الخ راجع للبحث الحديثي نصب الراية ص١٦٧ ج٣ و اعلاء السنن و الاوجز. (٢) ابن حبان في النوع الثامن و التسعين من القسم الاول و قال ابن حزم رحمه الله في المحلي ص٤٦٥ ج٩ و لايصح في هذا الباب شئ غير هذا السند و في هذا كفاية لصحته كذا في نصب الراية و حاشيته. (٣) قال الاكمل في العناية ص١١٠ ج٣. (٤) الترمذي باب ماجاء في اعلان النكاح ص١٢٩ ج١ و ابن ماجة باب اعلان النكاح ص١٣٨ و نصب الراية =>

و لابد من اعتبار الحرية فيهما ، لان العبد لاشهادة له لعدم الولاية، و لابد من اعتبار العقل و البلوغ، لانه لا ولاية بدونهما و لابد من

القاسم عن عائشة رضي الله تعالى عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعلنوا النكاح، و اضربوا عليه بالغربال و قال حسن غريب، و عيسى بن ميمون يضعف في الحديث، و ان سلمنا صحة هذا الحديث فنقول(ا) الاعلان يحصل بحضور الشاهدين، و لو شرط كتمان العقد مع حضور شاهدين صح العقد عندنا ، و به قال الشافعي و الخطابي و ابن المنذر و الظاهرية، و قال مالك يفرق بينهما. (و لابد من اعتبار الحرية فيهما) أي في الشاهدين (لان العبد لاشهادة له لعدم الولاية) و الشهادة من باب الولاية، و اعترض(١)(ب) بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او أبي، و ذلك إنما يحتاج اليه عند الاداء و كلامنا في حالة الانعقاد، فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لامدخل لها في هذه الحال. و أجيب بأن الاداء يحتاج الى ولاية متعدية و ليست بمرادة هنا ، و انما المراد بها الولاية القاصرة تعظيماً لخطر أمر النكاح، كاشتراط(ج) أصل الشهادة. (و لابد من اعتبار العقل و البلوغ، لانه لا ولاية بدونهما) أي بدون العقل والبلوغ و لا خلاف في اشتراطهما في الشهادة و انما الخلاف في وصف الذكورة و العدالة على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى. (و لابد من

(ا) قوله - فنقول الاعلان .. الخ - أقول الحديث المذكور يحمل على الاشهاد و الا يلزم التعارض بين الادلة، فالتوفيق اولى الخ. (ب) قوله - و اعترض - اقول و قريب منه ما قال مولانا حسام الدين في شرح الوقاية، لقائل أن يقول المقصود من الشهود اما التشهير فقط او الاثبات عند الاحتياج او كلاهما معا ، و الاول يوجب ان لايشترط الحرية و الذكورة و التكليف و الاسلام، و الثاني و الثالث يوجبان عدم الانعقاد بشهادة المحدودين، فالاظهر قول الشافعي رحمه الله تعالى و يمكن ان يجاب عنه بان المقصود منهم تعظيم أمر النكاح و هو لايتأتي فيمن لااهلية له اصلا كالعبيد و الصبيان و لا فيمن له اهلية قاصرة، لكن تحقق عيب و نقصان فيهم كالكفار و جماعة النساء فلايقبل شهادة طوائف الاربع و الفاسق و المحدود في قذف فانما يقبل شهادتهما في الانعقاد ، لان الولاية القاصرة كالقدرة على تزويج نفسه و عبده و أمته كافية فلايتوقف على الولاية المتعدية الواجبة لاداء الشهادة في اثبات الحقوق، فهي موجودة فيهما مع وجود التعظيم، لان اعظم الاشخاص السلاطين و اكثرهم بعد الاربعة الراشدين الفساق فلاريبة في حصول التعظيم بحضورهم فيعتبر شهادتهم كما فهم من تقرير الاكمل، هكذا نقل العلامة الچلبي، الخ. (ج) قوله - كاشتراط - أقول و الا فالشهادة ليست شرطاً يتوقف عليه وجود النكاح، لان الشرط يتقدم على المشروط تقدماً ذاتياً و الشهادة لايتصور تقدمها على النكاح فتأمل، فانه دقيق الخ.

=> ص١٦٧ ج٣. (١) و اعترض الخ كذا في العناية ص١١١ ج٣.

اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين، لانه لاشهادة للكافر على المسلم. و لايشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل و امرأتين، و فيه خلاف الشافعي رحمه الله و ستعرف في الشهادات إن شاء الله. و لاتشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا، خلافا للشافعي رحمه الله تعالى له أن الشهادة من باب الكرامة، و الفاسق من أهل الاهانة.

اعتبار الاسلام في أنكحة المسلمين، لانه لاشهادة للكافر على المسلم) يعني انه(ا) من باب الولاية، و لا ولاية للكافر على المسلم، و فيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطاً. و الجواب إنا قد ذكرنا ان الشهادة و صفة الشاهدين إنما كانت تعظيما، و لاتعظيم لشئ بسبب حضور الكفار. (و لايشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضرة رجل و امرأتين) و به قال داود و أصحابه و اختاره ابن حزم و جوزه بشهادة اربع من النساء (و فيه خلاف الشافعي رحمه الله)(١) فان عنده لايجوز فيه شهادة النساء لدلالة قوله عليه الصلوة و السلام لانكاح الا بولي و شاهدي عدل، فان لفظ شاهدين يقع على ذكرين او على ذكر و أنثى، و الثاني غير مراد بالاجماع فتعين الاول، قلنا لشهادة النساء حجة أصلية بالنص(ب) لكن فيه نوع شبهة باعتبار صورة البدلية و النكاح مما يثبت(ج) بالشبهات (و ستعرف) أي خلاف الشافعي رحمه الله تعالى (في الشهادات إن شاء الله تعالى) فانه وعد بيان خلاف الشافعي في كتاب الشهادات و سيجئ إن شاء الله عزوجل. (و لاتشترط العدالة) أي في شهود النكاح (حتى ينعقد) أي النكاح (بحضرة الفاسقين عندنا خلاف للشافعي رحمه الله تعالى) فانه يقول لاينعقد بحضرة الفاسقين، و به قال أحمد(٢) و قال إمام الحرمين في النهاية لاينعقد بحضور الفاسقين، لان الشهادة فيه معقولة المعنى و هو صون العقد عن الجحود، لان العقد لايثبت بشهادتهما، انتهى. هذا باطل بالمستورين، فانه لايثبت بشهادتهما عند الجحود و يصح العقد بحضورهما و بابني الزوجين و لايثبت بهما. (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (ان الشهادة من باب الكرامة) لقوله عليه الصلوة و السلام أكرموا الشهود(٣) فان الله يحيى بهم الحقوق (و الفاسق من أهل الاهانة)

(ا) قوله - انه من ... الخ - اقول قال الله تعالى و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً فالله تعالى نفى الولاية عنهم للمسلمين و الشهادة من باب الولاية. (ب) قوله - بالنص - أقول و هو قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان الخ. (ج) قوله - مما يثبت ... الخ - و لهذا يثبت بالاكراه و الهزل.

---

(١) خلاف الشافعي رحمه الله تعالى راجع احكام القرآن للجصاص رحمه الله ص٥٠٢ ج١ و المغنى ص٣٤١ ج٧ و اعلاء السنن ص٢٢ ج١١. (٢) و به قال احمد رحمه الله تعالى راجع المغنى ص٣٤١ ج٧ و ص٣٥٦ ج٧. (٣) اكرموا الشهود تلخيص الحبير ص١٩٨ ج٤ و لسان الميزان و كنز العمال و غير ذلك كذا في موسوعة اطراف =>

و لنا انه من اهل الولاية، فيكون من اهل الشهادة و هذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لايحرم على غيره، لانه من جنسه، و لانه صلح مقلدا فيصلح مقلداً و كذا شاهداً.

لقوله عليه الصلوة و السلام اذا لقيت الفاسق(١) فالقه بوجه مكفهر، و لان كلامه محتمل الصدق و الكذب، و لايترجح صدقه لعدم عدالته، اذ العدالة هو المرجح على ما عرف، فاذا فات المرجح بقي محتملا فلايصح حجة. (و لنا أنه) أي الفاسق (من أهل الولاية) لاسلامه في نفسه (فيكون من اهل الشهادة) لانه اذا كان من اهل الولاية على نفسه يكون من اهل الولاية على غيره و هي الشهادة (و هذا) اشارة الى جواب عما يقال الولاية على نفسه ولاية قاصرة، فلانسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة، لانها متعدية الى غيره، و تقرير الجواب ان يقال هذا الذي قلنا ان الفاسق من اهل الشهادة، لانه من اهل الولاية (لانه) أي لان الفاسق (لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه) أي لكونه مسلماً (لايحرم) أي الولاية (على غيره لانه) أي لان كونه اهلاً للولاية على غيره (من جنسه)، أي من جنس كونه اهلاً للولاية على نفسه، و قيل الضمير في لانه للمشهود أي لان المشهود عليه من جنس الفاسق من حيث(ا) ان كل واحد منهما مسلم. (و لانه) اي و لان الفاسق و هو الشاهد (صلح مقلداً) بكسر اللام، أي سلطاناً و خليفة، فان جمهور(٢) الائمة بعد الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم لم يخلوا عن فسق كالحجاج و نحوه فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يفضى الى فساد عظيم. فاذا كان كذلك (فيصلح مقلدا) بفتح اللام، اي قاضياً او حاكماً (و كذا شاهداً) أي فكذا يصلح شاهدا، لان الشهادة و القضاء من باب واحد. قال الاكمل(٣) في عبارته تسامح، لانه يفهم منه أن يكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء، و قد ذكر في كتاب أدب القاضي أن أهلية القضاء

(ا) قوله - من حيث أن ... الخ - اقول فان قيل الاشتراك في الاسلام لايستلزم الاشتراك في الاحكام الخاصة المتفرعة على المناشي المختلفة، و اما الاستدلال بجمهور الائمة بعد الخلفاء فنقول في جوابه أن الخروج عن الامامة بالفسق و لو كان يفضي الى فساد عظيم لكنه ليس بمستلزم لصحة ولاية الفساق على العموم، لان المسألة لاتترك الأ فيما يقع معارضة عن المصلحة، و الامر فيما نحن فيه خلاف ذلك قلت الامر بينهما سواء، و الا يلزم التضيق و الحرج في معاملة المناكحة و الازدواج، لانه يقع الانتظار فيه الى تفتيش عدالة الشاهدين، و فيه عم البلوى و كيف بحال اهل التوقان، فان التوقف في حقهم و لو كان بزمان قليل لايخلو عن مخافة وقوع المعصية.

=> الحديث ص١٢٢ ج٢. (١) اذا لقيت الفاسق الخ لم اجده في مظانه لقلة علمي و قصور جهدي. (٢) فان جمهور الائمة الخ و في العناية فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم قلما يخلو واحد منهم عن فسق. (٣) الاكمل في العناية ص١١٣ ج٣.

و المحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملاً.

مستفادة من أهلية الشهادة. و لو قال(ا) بالواو كان أحسن لايقال يجوز أن يكون مرتباً على مقلدا بكسر اللام، لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة، لان عكسه كذلك. و الجواب أن معنى كلامه اذا كان الفسق لايمنع عن ولاية هي أعم ضرراً فلان لايمنع عن ولاية عامة الضرر او خاصته أولى، و الترتيب(ب) على هذا الوجه غير خاف الصحة. و لو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلاخلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه و كانت(ج) الولاية قاصرة لكان أسهل فهما. (و المحدود في القذف من اهل الولاية) نظراً الى الاسلام (فيكون من اهل الشهادة تحملاً) يعني من حيث تحمل الشهادة لا من حيث الاداء. و قوله تعالى و لا تقبلوا لهم شهادة أبداً نهي عن القبول، و هو يعدم وصف الاداء لا أصل الشهادة إذ النفي عن قبول الشئ يقتضي تحقق ذلك الشئ و فوت الثمرة لايدل على فوت الاصل، كشهادة العميان على ما يجئ، و قال ابن المنذر اختار ابو حنيفة و أصحابه باعميين او محدودين في القذف او فاسقين المجمع على رد شهادتهما، و أبطلوه بشهادة العبدين، و قد اختلفوا في شهادتهما. و أجاب عنه السروجي و قال ما أجهله، و أكثر تخليطه بما لايعرفه و المراد بالمحدودين التائبان و الا فلا فائدة في ذكرهما مع ذكر الفاسقين و شهادتهما مقبولة عن جماعة من العلماء بعد التوبة، منهم الشافعي، و الفاسق له شهادة حتى لو حكم به حاكم نفذ حكمه، قال الله(د) تعالى إن جاءكم

(ا) قوله – و لو قال بالواو – أقول وجه الاحسنية رفع التسامح، لانه يكون معناه ان الفسق لايمنع الخلافة فلايمنع اهلية القضاء و الشهادة، لان اهلية السلطنة تترتب على اهلية هي اعظم تينك الاهليتين، فاذا لم يمنع الفسق لاهلية عظيمة رفيعة، فكيف باهلية هي دونها، و النسخة التي انا اطالعه فيه الواو فلاغبار، الخ. (ب) قوله – و الترتيب – اقول حاصله انه لايفهم من كلام الشارح مثل ما زعم الاكمل بل مراده ان الفسق ليس بمانع عن اهلية عظيمة و ولاية هي اعظم ضراراً. (ج) قوله – و كانت الولاية – اقول اي ولاية الشهادة ولاية قاصرة، لانها ليست بمتعدية الى الغير، لان تعديتها في وقت الاداء و ذلك ليس وقته، بل هو وقت صحة الانعقاد و ثبوته لاتصحيحه و اثباته، و بينهما بون بعيد، لان الواسطة في الثبوت لايجب ان يقع واسطة في الاثبات. و الجواب(١) عن التمسك بقوله عليه الصلوة و السلام لانكاح الا بولي و شاهدين عدلين، ان المراد فيه عدالة الاعتقاد لان العدل ضد الظلم و الشرك ظلم بالنص، فكان الايمان عدلاً، و قد قيل هذه المسألة مبنية على نقصان الايمان بالفسق عنده و عدم نقصانه عندنا، الخ. (د) قوله – قال الله تعالى – اقول في تفسير البيضاوي يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فتعرفوا و تفحصوا، روى انه عليه الصلوة و السلام بعث الوليد بن =>

---

(١) و الجواب الخ كذا في الكفاية ص١١٢ ج٣.

و انما الفائت ثمرة الاداء

فاسق بنبأ فتبينوا فأمرنا بالتثبت و التبين و لم يأمرنا بالدفع و الرد، بخلاف العبدين، فان الشهادة من باب الولاية اذ فيها الزام على الغير، و العبد ليست له ولاية على نفسه، فكيف تثبت له ولاية على غيره، و قد جازف في نقل الاجماع في رد شهادة المذكورين، قال و لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر. قال و كان يزيد بن هارون يعيب على أصحاب الرأي و يقول أمر الله بالاشهاد في البيع و لم يأمر بالاشهاد في النكاح، فكيف زعم أصحاب الرأي أن البيع بدونه جائز، و النكاح بدونه فاسد، و قال السروجي جهله أعظم من جهل ابن المنذر، لان الائمة قاطبة فهمت ان الامر في الاشهاد على التبايع أمر استحباب، و يزيد ليس له من الفهم الا التعلق بالصور دون المعاني، و جمهور العلماء و أهل الفتوى على اشتراط الاشهاد في النكاح، و طعنه هذا طعن على الذين ذكرناهم مما مضي عن قريب و لايخص اباحنيفة و أصحابه، انتهى. قلت قوله - لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر يرده ما رواه ابن حبان من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها و قد مر عن قريب. (و انما الفائت ثمرة الاداء) جواب عما يقال أن المحدود في القذف اذا كان من أهل الولاية ينبغي أن تكون شهادته متعدية و ليست كذلك، فاجاب بقوله - و

=> عقبة رضي الله عنه مصدقاً الى بني المصطلق، و كان بينه و بينهم اجنبية، فلما سمعوا به استقبلوه فحسبهم مقاتليه، فرجع و قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انهم ارتدوا و منعوا الزكاة فهم لقتالهم، فنزلت و قيل بعث اليهم خالد بن الوليد رضي الله عنه فوجدهم منادين بالصلاة متهجدين فسلموا اليه الصدقات فرجع. و تنكير الفاسق والنبأ للتعميم، و تعليق الامر بالتبين على فسق المخبر يقتضى جواز قبول قول العدل من حيث ان المعلق على كل شيئ بكلمة ان عدم عند عدمه، و ان خبر الواحد لو وجب تبينه من حيث هو كذلك، لما رتب على الفسق، اذ الترتيب يفيد التعليل، و ما بالذات لايعلل بالغير، انتهى. و فيه انظار بوجوه اما اولا فلان كلامة ينادى على ان خبر العدل الواحد يجب اعتباره في كل ما اخبره، و هذا باطل و الا يكفي شهادة العدل الواحد في ثبوت الزناء. و أما ثانياً فلان قوله ان المعلق على كل شيء بكلمة ان عدم عند عدمه لايصح فيما كان التالي عاماً، و المقدم خاصاً كقولنا ان كان هذا الشيء انساناً كان حيوانا فانه لايستلزم انه ان لم يكن انساناً لم يكن حيواناً، او ما علمت ان رفع المقدم لاينتج رفع التالي. و أما ثالثاً فلان قوله ان خبر الواحد لو وجب.... الخ مضحكة عليه، لان خبر الواحد من حيث هو كذلك أي من حيث هو خبر الواحد سواء كان عدلاً او فاسقاً مما يحتمل الصدق و الكذب، لان المرجح في الصدق هو العدالة، و الخبر من حيث هو خبر يحتمل كلا الأمرين و الاحتمال موجب للتوقف و الا يلزم الترجيح بلامرجح و التوقف هو التثبيت و التبيين الخ.

بالنهي لجريمته و لايبالى(١) بفواته كما في شهادة العميان و ابنى العاقدين قال و ان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما اللّه تعالى. و قال محمد و زفر رحمهما اللّه تعالى لايجوز

إنما الفائت من شهادة المحدود في القذف ثمرة الاداء أي أداء شهادتهم (بالنهي لجزيمته) لقوله(ا) تعالى و لا تقبلوا لهم شهادة أبدا (فلايبالي) بصيغة المجهول (بفواته) أي بفوات ثمرة الاداء و انما ذكر الضمير اما باعتبار المذكور، و أما بالنظر الى لفظ الاداء (كما في شهادة العميان) فان النكاح ينعقد بشهادتهم بالاجماع، و لاتقبل عند الاداء بالاجماع (و ابني العاقدين) أي و كذا في شهادة ابني العاقدين، فان النكاح ينعقد بشهادتهما بالاجماع و لايقبل عند الاداء بالاجماع. فروع، في المشكلات: و ينعقد بشهادة الاخرس و المعتقل و ابني الزوج و ابني الزوجة و ابنيهما. و في المغني(٢) و في شهادة عدوين و ابني(ب) الزوجين و ابني الزوجة وجهان، و اختار الانعقاد أبوعبداللّه بن بطة و في المغني(٣) و لاينعقد بشهادة أخرسين و في شهادة المراهقين احتمال، و في النهاية و أجمعوا على أنه لاينعقد بشهادة الاصمين، و في الذخيرة و لاينعقد بشهادة النائمين لايسمعان كلام العاقدين. و في قنية المنية ينعقد بهما و هو الاصح. (قال و إن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما اللّه تعالى) سواء كانا موافقين في دينهما او مخالفين (و عند محمد و زفر رحمهما اللّه تعالى لايجوز) و به قال

(ا) قوله - لقوله تعالي - اقول تمام الآية و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة و لاتقبلوا لهم شهادة ابداً و اولئك هم الفاسقون. الا الذين تابوا من بعد ذلك و اصلحوا فان اللّه غفور رحيم. فان قيل كما انه تصح شهادتهم تقبل ايضاً بعد التوبة بدليل الاستثناء، قلنا انه راجع الى قوله و اولئك هم الفاسقون. لا الى ما قبله و هو لاتقبلوا لهم لانه لو كان راجعاً الى ما قبله لزم الفصل بين الاستثناء و المستثنى منه بكلام اجنبى و هو قوله تعالى و اولئك هم الفاسقون فانه غير داخل في حيز الجزاء كما هو قول علمائنا بقيام عدم دليل المشاركة في الشرط فانه جملة خبرية غير مخاطبة بها الامة بدليل افراد الكاف في اولئك بخلاف و لاتقبلوا لهم شهادة فهو عطف على الجملة الاسمية يعني قوله و الذين يرمون او كلام مستأنف. (ب) قوله - و ابنى الزوجين ... الخ - اي و لافرق بين ان يكون احد الابنين لاحد الزوجين و الآخر للآخر، و بين ان يكون لهما بان وقعت الفرقة بينهما ثم تزوجا بحضور ابنيهما لكن اذا نكحا بحضور ابنى الزوج فان ادعى لم يقبل شهادة ابنيه له، اما اذا ادعت المرأة تقبل شهادتهما لها، و ان نكحا عند ابني الزوجة فان ادعت لاتقبل شهادتهما لها، و ان ادعى الزوج تقبل الخ.

---

(١) و لايبالي - ن - فلايبالي. (٢) المغنى ص٣٤٢ ج٧. (٣) المغنى ص٣٤٢ ج٧.

لان السماع في النكاح شهادة و لاشهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم و لهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال و هما شاهدان عليها

الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و في بعض النسخ و قال محمد رحمه الله و زفر رحمه الله لايجوز. و قالت المالكية أنكحة الكفار فاسدة مع انه لا ولاية للكافر على الكافر صحيحة و الشهادة ليست بشرط عندهم و الاسلام يصححها عندهم (لان السماع) أي سماع كلام العاقدين من الايجاب و القبول (في النكاح شهادة و لا شهادة للكافر على المسلم) بالاتفاق (فكانهما) أي فكان الذميين (لم يسمعا كلام المسلم) أي بطريق الشهادة، و شرط الانعقاد سماع الشاهدين كلاشطري العقد و لم يوجد فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الزوج، فلاينعقد كما لو يسمعا كلامهما أو كلام الزوج و ذلك ان سماع من لاشهادة له يكون وجوده كعدمه كما في العبد. (و لهما) أي و لابي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك) أي ملك المتعة (لوروده) أي لورود الملك (على محل ذي خطر) فيشترط الشهادة تعظيما للأبضاع، فيكون الرجل هو المخاطب بالشهادة لاجل(ا) انه(ب) يملك البضع، ألاترى(ج) انه عليه الصلوة و السلام كان مخصوصا بالنكاح بغير شهود (لا على اعتبار) أي لايشترط الاشهاد على اعتبار (وجوب المهر) لها عليه (اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال) لان ايجاب المال يصح بلاشهود كالبيع وغيره (و هما شاهدان عليها) أي الذميان شاهدان عليها أي على الذمية، فشهادة(د) أهل الذمة على الذمية جائزة. فان(هـ) قيل ملك الازدواج مشترك، قلنا(و) نعم لكن ذلك ليس بأصل و انما يقع تبعاً لملك الوارد عليه، كما لو اشترى أمة

(ا) قوله – لاجل انه – اقول و لهذا لم يجز شهادة النساء في النكاح، لانها ليست بمالكة للبضع. (ب) قوله – انه يملك ... الخ – اي لاجل وروده على العضو الشريف و هو البضع، و انما كانت الشهادة دالة على خطره، لان الوصول اليه لايكون سهلا. (ج) قوله – الا ترى – اقول انه عليه الصلوة و السلام كما انه كان مختصا بالنكاح بغير شهود كان مختصا بالنكاح بلامهر كما قال تعالى خالصة و الثانى يؤيد الخصم كما ان الاول يؤيدنا قلنا الاختصاص الاول كان عاماً لجميع انكحته عليه الصلوة و السلام و الثاني كان مختصاً بشرط هبة المرأة نفسها له عليه الصلوة و السلام. (د) قوله – فشهادة ... الخ – اقول اي اذا كان الدعوى من جهة المسلم حتى اذا كان من جهة الذمية لايجوز شهادتهم. (هـ) قوله – فان قيل – اقول فاذا كان الازدواج مشتركاً فكما يقبل شهادة أهل الذمة على الذمة فليقبل على المسلم ايضاً، لان الشهادة اذا كانت واقعة على احد الزوجين في الازدواج كانت واقعة على الاخر ايضاً، لان الازدواج مشترك نسبتها من الطرفين مساوئة. (و) قوله – قلنا نعم– أقول يعني =>

بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج، لان العقد ينعقد بكلاميهما و الشهادة شرطت على العقد، و من أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها و الاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح، لان الاب يجعل مباشراً لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيراً و معبراً، فيبقى المزوج شاهداً. و ان كان الاب غائباً لم يجز، لان المجلس مختلف

يملك وطأها(ا) بلاشهود، لانه وقع تبعاً. (بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج) جواب عن قول محمد و زفر رحمهما الله تقريره الشهادة شرط في النكاح على العقد كما علم، لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد (لان العقد ينعقد بكلاميهما)(ب) أي بكلام الزوجين (و الشهادة شرطت على العقد) فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد. (و من أمر رجلاً بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها و الاب حاضر) أي و الحال أن الاب حاضر عند العقد (بشهادة رجل واحد) يتعلق بقوله فزوجها (سواهما) أي سوى الآمر و المأمور (جاز النكاح، لان الاب يجعل مباشراً) للعقد لان الموجود من الوكيل واجب الانتقال الى الموكل في باب النكاح، و انما جعل الاب مباشراً اذا كان حاضراً (لاتحاد المجلس، و يكون الوكيل سفيراً و معبراً) لانتقال الوكالة الى الاب (فيبقى المزوج شاهداً) و معه آخر فينعقد، و قال الكاكي قيل في هذا التعليل نظر. قلنا قائله هو السغناقي، فانه قال في النهاية(١) هذا تكلف غير محتاج اليه في المسألة الاولى، لان الاب يصلح أن يكون شاهداً في باب النكاح فلاحاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الآمر حكماً، و انما يحتاج اليه في المسألة الاخيرة و هي اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها، و ان كانت غائبة لم يجز، لان الشئ انما يقدر تقديراً اذ لو تصور تحقيقاً، اليه أشار في الفوائد الظهيرية. و قال الاكمل، و أرى أنه(ج) لافرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف. قلت فيه تكلف لايخفى، و من أراد أن يتضح له ذلك فلينظر في النهاية. (و ان كان الاب غائباً لم يجز) النكاح (لان المجلس مختلف) لانه لو انتقل اليه العقد لكان الايجاب في مجلس و القبول في مجلس

=> أن الشهادة تقع على الزوجة الذمية أصالة، و أما على الازدواج المشترك أو على الزوج الآخر فبالتبع لا بالذات. (ا) قوله يملك وطأها اقول لان ملك المتعة تابع لملك الرقبة فلاينظر الى صحة الاستبراء. (ب) قوله – أي بكلام الزوجين – أقول حقيقة كما اذا كانا عاقدين للازدواج بلانائب او حكماً كما اذا كان نائبهما عاقداً له. (ج) قوله – انه لا فرق – أقول لان ولاية الاب اذا لم تمنع لكون الأب شاهداً، فالامر بين الصورتين سواء.

---

(١) النهاية الخ كذا في العناية ص١١٦ ج٣.

فلايمكن أن يجعل الاب مباشراً، و على هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز، و ان كانت غائبة لايجوز.

فصل في بيان المحرمات

قال لايحل للرجل أن يتزوج بأمه و لابجداته من قبل الرجال و النساء، لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم و الجدات أمهات اذ الام هي الاصل لغة

آخر (فلايمكن أن يجعل الاب مباشراً) لاجل غيبته (و على هذا) أي و على اعتبار حضرة الاب و غيبته (اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد، ان كانت) أي الابنة (حاضرة جاز)(ا) لامكان اعتبار الاب شاهداً (و ان كانت غائبة لايجوز) العقد لعدم شاهد آخر.

(فصل في بيان المحرمات)

أي هذا فصل في بيان النساء المحرمات تزوجها، لان اللّه تعالى أخرجهن من محلية النكاح، فاحتيج الى بيانهن، و هن اربعة عشر، سبعة من جهة النسب، و سبعة من جهة السبب و سيجئ كلها. (قال) اي القدوري (لايحل للرجل أن يتزوج بأمه) هذه احدى السبعة من جهة النسب (و لا بجداته) أي لايحل أن يتزوج بجداته سواء كن (من قبل الرجال و النساء) اي من قبل النساء، و ليس من كلام العرب(١) تزوجت بامرأة، و انما يقال تزوجت امرأة، (لقوله تعالى حرمت(ب) عليكم أمهاتكم و بناتكم) فدلالته على حرمة الام ظاهرة و أما دلالته على حرمة الجدات فاشار اليه بقوله (و الجدات أمهات اذ الام هي الاصل لغة)(٢) يقال لمكة أم القرى لكونها هي الاصل،

(ا) قوله – جاز – أقول فلابد من نقل عبارة الاب اليها ليصلح العقد، و ذلك لان الموجود من الوكيل واجب الانتقال الى الموكل في باب النكاح ضرورة أن الوكيل سفير و معبر فيه، و متى كانت البالغة حاضرة أمكن اعتبار الأب شاهداً و أما اذا كانت غائبة فلا، لان الشيء انما يقدر تقديرا ان لو تصور تحقيقاً. (ب) قوله – حرمت عليكم – اقول ليس المراد تحريم ذاتهن بل تحريم نكاحهن، لانه معظم مايقصد منهن، لانه المتبادر الى الفهم، كتحريم الاكل من قوله حرمت عليكم الميتة و لان ماقبله و مابعده في النكاح و – امهاتكم – تعم من ولدتك او ولدت من ولدك و ان علت و – بناتكم – تتناول من ولدتها او ولدت من ولدها و ان سفلت و – اخواتكم – الأخوات من الاوجه الثلاثة، الخ.

---

(١) ليس من كلام العرب الخ كذا في لسان العرب، و فيه ايضا قال الفراء تزوجت بامرأة لغة في ازد شنوءة.

(٢) الاصل لغة فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة و المجاز، كذا في العناية.

او ثبت حرمتهن بالاجماع قال و لا ببنته لما تلونا، و لا ببنت ولده و إن سفلت

لما روي انها خلقت أولاً ثم دحيت الارض منها، و قال الله تعالى هن ام الكتاب أي أصل يرد اليه المتشابه، و قال عليه الصلوة و السلام الخمر أم الخبائث(١) و هذا عند المحققين، و من مشايخنا الذين لايجوزون(ا) الجمع بين الحقيقة و المجاز، و عند مشايخنا العراقيين يجوز الجمع بين الحقيقة و المجاز عند اختلاف(ب) المحل فحرمة الجدات ثبتت بالنص أيضاً بمجازه، و عند الطائفة الاولى بطريق الحقيقة باعتبار(ج) معنى يعمهما لغة لاباعتبار الجمع بين الحقيقة و المجاز. و في المبسوط من يجوز الجمع بين الحقيقة و المجاز يقول - حرمت الجدات بالنص - و من يمنع يثبت حرمتهن بالاجماع، و اليه أشار المصنف بقوله (أو ثبتت حرمتهن بالاجماع) هذا عند الفريقين. (قال و لا ببنته) اي و لايحل ان يتزوج ببنته و لا ببنت بنته و ان سفلت على ما يجئ الآن، و الاستدلال فيهن مثل الاستدلال في الام، فان بنت البنت تسمى بنتاً حقيقة باعتبار أن البنت يراد بها الفرع فيتناولها النص حقيقة او مجازاً عند البعض، و يجوز الجمع عند اختلاف المحل أو بالاجماع (لما تلونا) و هو قوله تعالى و بناتكم (و لا ببنت ولده و ان سفلت) اي و لايحل ايضا ان يتزوج ببنت

(ا) قوله - لايجوزون ... الخ - لان اللفظ اما ان يستعمل في الموضوع له او في غيره فبينهما انفصال حقيقي، و الواضع لم يوضعه معنيين وضعاً واحداً، و الاستعمال تابع للوضع شخصياً كان او نوعياً كما في المجاز، فالاجتماع في الموضوع له وغيره يخرج اللفظ من الوضع الى الاهمال. (ب) قوله - عند اختلاف المحل - أقول و انما قيد الجواز باختلافه، لان عند عدم الاختلاف لايجوز، و الا يلزم الاجتماع بين المتنافيين اي المعنى الحقيقي و المجازي في محل واحد، و هو المصداق الواحد. (ج) قوله - باعتبار معنى - اقول هذا جواب سؤال مقدر و هو ان الاجتماع بين الحقيقة و المجاز لايجوز عند الطائفة الاولى، فكيف يصح دلالة الأم على الام و على أم الأم لانه لايخلو عن الاجتماع بين الحقيقة و المجاز، مع انه لايجوز على مذهبهم. فاجاب بان المراد بالأم الأصل، و هذا حقيقة لغوية يعم المعنى الحقيقي و المجازي الذين بنائهما و وضعهما على العرف و لامشاحة فيه، لان هذا دلالة اللفظ على المعنى الحقيقي اللغوي لكن هذا المعنى يعم الحقيقي و المجازي العرفيين، و هذا هو الاظهر، فلاحاجة الى أن يقال في الأم عموم المجاز لا الاجتماع بين الحقيقة و المجاز لكن المصنف لو قال و حرم على المرء أصله =>

---

(٣) ام الخبائث، روى النسائي تحت عنوان ذكر الآثام المتولدة عن شرب الخمر الخ ص٣٣٠ ج٢ و البيهقي في السنن باب ماجاء في تحريم الخمر ص٢٨٧ ج٨ و مصنف عبدالرزاق باب مايقال في الشراب ص٢٣٦ ج٩ عن عثمان رضي الله تعالى عنه موقوفا يقول اجتنبوا الخمر فانها ام الخبائث الحديث و ذكر في روح المعاني ص١١٤ ج٢ تحت قوله تعالى يسئلونك عن الخمر و الميسر مرفوعا بلاسند و اخرج ابن ابى شيبة ص١٠ ج٨ عن مكحول مرفوعا مرسلا فان شربها مفتاح كل شر.

للاجماع، و لا بأخته و لا ببنات أخته و لا ببنات أخيه و لا بعمته و لا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية

ولده و ان سفلت و لفظ(ا) الولد يتناول الابن و البنت و لما ذكرنا من جواز الجمع بين الحقيقة و المجاز في محلين مختلفين عند البعض (للاجماع) عند الفريقين (و لا بأخته) أي و لايحل أيضا أن(ب) يتزوج بأخته سواء كانت لاب و ام، أو لاب او لام و ضمت الهمزة في - أخت - لتدل على الواو الذاهبة منه بخلاف الأخ، لاجل التاء التي ثبتت في الوصل و الوقف كالاسم الثلاثي. (و لا ببنات أخيه) أي سواء كن لاب و أم او لاب او لام (و لا ببنات أخته) أي سواء كانت بنت أخته لاب و أم او لاب او لام (و لا بعمته) أي و لايحل أيضاً أن يتزوج بعمته (و لا بخالته) أي و لايحل أيضا أن يتزوج بخالته، و الخال أخو الام و الخالة أختها، ذكرها الجوهري في باب خول ليدل على أن أصلها واوي (لان حرمتهن) أي حرمة هولاء المذكورات كلها من الاخوات المتفرقات و بنات الاخ و بنات الاخت و العمات و الخالات (منصوص عليها في هذه الآية) أي في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم الآية و في النهاية حاصله أن المحرمات التي ضمها كتاب النكاح و الرضاع على أحد و عشرين نوعاً سبعة من(ج) جهة النسب: الامهات و البنات و الاخوات و العمات و الخالات و بنات الاخ و بنات الاخت، و سبعة من جهة الرضاع كذلك يحرم الرضاع من هولاء لقوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع(١) ما يحرم من النسب، و اربعة من جهة المصاهرة و هي: أم المرأة و ابنتها و منكوحة الاب و حليلة الابن، و اثنتان من جهة الجمع و هما: الجمع بين أكثر من اربع و الجمع بين الاختين و واحدة من جهة الكفر(د) و هي المجوسية كذا في شرح الطحاوي. و في التحفة(٢) تحريم النكاح متنوع الى

=> و فرعه كما هو في متن الوقاية لكان اولى. (ا) قوله - و لفظ الولد - أقول هذا جواب سؤال مقدر، و هو ان المصنف لم لم يبين حرمة البنت؟ فاجاب أن بنت البنت أعم من بنت الابن و بنت الولد، و انما لم يقل لما تلونا لان بنت البنت لايقال لها في العرف أنها بنت له. (ب) قوله - أن يتزوج - أقول و كذا بعمة الأب و الام و خالتهما بالاجماع. (ج) قوله - من جهة النسب - اقول الامهات وغيرها من المحرمات المذكورة بالمعنى الاعم عن المعنى الحقيقي العرفي فلايوهم أن حصر المحرمات من جهة النسب في السبعة غير صحيح. (د) قوله - من الكفر الخ - اقول بخلاف الحرة الكتابية، فان نكاحها جائز بالاتفاق، قال الله تعالى (أحل لكم الطيبات) الى قوله (و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن) اي احل لكم المحصنات، فان قيل هذه الاية دالة على أن حلتهم قبل ايتائها المهور ليست بثابتة. قلنا ان تقييد الحل بايتائها لتاكيد وجوبها و الحث على =>

---

(١) يحرم من الرضاع الحديث سيأتي تخريجه. (٢) و في التحفة الخ و كذا في العناية ص١١٧ ج٣.

و تدخل فيها العمات المتفرقات و الخالات المتفرقات و بنات الاخوة المتفرقين

تسعة أنواع: القرابة و الصهرية و الرضاع و الجمع و تقديم الامة على الحرة، و بسبب حق الغير(١) و بسبب الشرك، و بسبب ملك اليمين، و بسبب الطلقات الثلاثة، فعلى هذا تكون المحرمات خمسة و عشرين كلها مذكورة في الكتاب. (و تدخل فيها) أي في الآية (العمات المتفرقات) أي العمة لاب و أم، و العمة لاب دون أم، و العمة لام دون أب. و في المحيط و كذا أم العمة حرام، لان ام عمته لابيه و لامه او لامه هي أم أبيه لامحالة. و أم ابيه حرام عليه، و أما عمته لابيه هي أخت أبيه لاب فانها تكون امرأة جد أب الأب و امرأة الجد حرام عليه، و كذا عمات أبيه و عمات أجداده و عمات أمه و عمات جداته و إن سفلن. و أما عمة العمة تنظر ان كانت العمة القربى عمة لأبيه و أمه أو لأبيه، فعمة العمة حرام، لأن القربى إذا كانت أخت أبيه لأبيه و أمه أو لابيه، فان عمتها تكون جدة أب الأب و أخت أب الأب حرام، لانها عمته و ان كانت العمة القربى عمة لامه، فعمة العمة لاتحرم لان أب العمة يكون زوج أم ابيه، فعمتها تكون أخت زوج الجدة أم الأب و أخت زوج الأم لاتحرم، و أخت زوج الجدة أولى أن لاتحرم. (و الخالات المتفرقات) أي الخالة لأب و أم، و الخالة لأب دون أم، و الخالة لأم دون أب، و كذا خالات آبائه و أمهاته. و أما خالة الخالة فان كانت الخالة القربى خالة لأب و أم، أو لأم فخالتها تحرم عليه، و ان كانت القربى خالة لأب فخالتها لاتحرم عليه، لأن أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أب الاب لا أم أمه، فاختها أخت امرأة أب الأب و أخت امرأة الجد لاتحرم عليه. (و بنات الأخوة المتفرقين) أي و يدخل في الآية المذكورة بنات الأخوة و الأخوات، و قوله المتفرقين بصيغة الجمع المذكر صفة الأخوة التي جمع أخ و يدخل فيه الأخوات التي هي جمع أخت، و معنى التفرق يعني سواء كانت بنات الأخ لأب و أم او لأم و بنات الأخت كذلك و كلهن محرمات على التابيد بالكتاب و السنة و الاجماع. و في الذخيرة اولاد الاعمام و العمات و الاخوال و الخالات هن مباحات لقوله تعالى و بنات عمك و بنات عماتك و بنات خالك و بنات خالاتك و في النتف حرم الله تعالى العمة و

=> الاولى هكذا في البيضاوي، و اما بالامة الكتابية فانه جائز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فان قيل قال الله تعالى(و من لم يستطع منكم طولاً ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات) و هذه الآية تدل على أن النكاح لايجوز بالامة الكتابية، لان قيد الايمان يخرجها. قلنا ان التقييد بالايمان لبيان الافضل لا للوجوب، لان نكاح المحصنات لايتوقف على الايمان، و ما وصف الايمان الا لبيان الافضل.

(١) حق الغير من نكاح او عدة كما في العناية و راجع للتفصيل الفتاوى العالمكيرية ص٢٧٣ الى ٢٨٣ ج١.

لان جهة الاسم عامة قال و لا بأم امرأته التى دخل بابنتها(١) او لم يدخل، لقوله تعالى و أمهات نسائكم من غير قيد الدخول. و لا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص،

الخالة و لم يحرم بناتهما، و كذا اولاد أولادهم و ان سفلوا يجوز التناكح فيما بينهم من جميع القرابات و هم أرحام لا محارم (لأن جهة الاسم عامة) يعني المعنى(ا) المجوز لاطلاق اسم الأخت يشمل الفرق الثلاث و هو المجاورة في رحم أو صلب فكان الاسم حقيقة للكل و قال تاج الشريعة قوله لان جهة الاسم عامة - أي جهة اسم العمومة و الخؤولة لأنها أخت أبيه او أخت أمه، و هذه الجهة لاتتغير لكونها لأب و أم او لام. (قال و لا بأم امرأته) هذا بيان المحرمات من جهة السبب و هي جهة المصاهرة، أي و لايحل له أن يتزوج بأم امرأته (التي دخل بابنتها أو لم يدخل) بها (لقوله تعالى و أمهات نسائكم من غير قيد الدخول) يعني القرآن مطلق عن قيد الدخول في ام المرأة و الله حرمها مطلقاً، فمن قيدها بالدخول فقد نسخه، و به قال الجمهور(٢) و هو قول عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب و عبدالله بن عباس و عبدالله بن عمر و زيد بن ثابت و عمران بن حصين رضي الله تعالى عنهم، و به قال الشافعي و أحمد بن حنبل و مالك في الصحيح. و قال بشر المريسي و ابن شجاع و داود دخول ابنتها شرط و يروى عن ابن مسعود و جابر رضي الله عنهما ان أم الزوجة لاتحرم حتى يدخل بالبنت و لاتحرم بنفس العقد حتى لو طلقها قبل الدخول بها جاز له التزوج بأمها. (و لا ببنت امرأته) أي و لايحل أيضا أن يتزوج ببنت امرأته (التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص)(ب) و هو قوله تعالي من نسائكم اللاتي دخلتم بهن

(ا) قوله - يعني المعنى المجوز .... الخ - أقول فان جهته هي كونها جزءا من الاصل القريب او جزءاً قريباً من الاصل البعيد و ذلك متحقق في الكل. (ب) قوله - بالنص - اقول تمام الآية (و أمهات نسائكم و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) في البيضاوي و الربائب جمع ربيبة، و الربيب ولد المرأة من آخر، سمي به لانه يربه كما يرب ولده في غالب الامر، فعيل بمعنى بمفعول، و انما لحقته التاء لانه صار اسماً، و - اللاتي - بصلتها صفة لها مقيدة للفظ و الحكم بالاجماع قضية للنظم، و لايجوز تعليقها بالامهات ايضا، لان من اذ اعلقتها بالربائب كانت ابتدائية، و ان علقتها بالامهات لم يجز ذلك، بل وجب أن يكون بياناً لنسائكم، و الكلمة الواحدة لاتحتمل معنيين عند جمهور الادباء انتهى. فان -اللاتى- بصلتها أي الموصول الاول بصلتها =>

---

(١) دخل بابنتها - ن - دخل بها. (٢) و به قال الجمهور الخ راجع اوجز المسالك مالايجوز من نكاح الرجل ام امرأته ص٢٧٢ ج٤ و احكام القرآن للجصاص رحمه الله تعالى ص١٢٧ ج٢ و تكملة شرح المهذب ص٢١٧ ج١٦ و المغنى ص٤٧٣ ج٧.

سواء كانت في حجره او في حجر غيره، لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط، و لهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفى الدخول

و ان لم يدخل بها حتى حرمت عليه بطلاق او موت يحل له أن يتزوج بالبنت، لأن هذه الحرمة تعلقت بشرط الدخول، و قال امام الحرمين في النهاية. قال مالك رحمه الله تعالى انما تحرم الربيبة اذا كانت صغيرة يوم العقد فتجعل في حجره و تكفله، و اذا كانت كبيرة يوم العقد لاتحرم (سواء كانت) أي بنت امرأته (في حجره أو في حجر غيره) اختلف الصحابة رضي الله عنهم في شرطية الحجة بهذه الحرمة، فقال علي(١) رضي الله تعالى عنه الحجر شرط، و به قال داود لظاهر الآية (لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة) فان العادة أن تكون البنات في حجر زوج امها ليتأتى تربيتها (لامخرج الشرط) أي ما يخرج مخرج كونه شرطاً و التقييد العرفي لايوجب تقييد الحكم به، كما في قوله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) كذا في المبسوط، و لا الزام فيه على داود لأن علم الخير شرط صحة الكتابة عنده. (و لهذا) أي و لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة (اكتفى في موضع الاحلال) و هو قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم) يعني اكتفى الله تعالى في هذه الآية (بنفي الدخول) و لم يشترط نفي الحجر مع نفي الدخول، حيث(٢) لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن و لسن في حجوركم فان الاباحة تتعلق بضد ما تتعلق به الحرمة، و اعترض بأنه يجوز أن يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين، و هما الدخول والحجر، ثم تنفي الحرمة بانتفاء أحدهما لان الشئ ينتفي بانتفاء الجزء، فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلاً علي أن الحرمة غير متعلقة بالحجر. و أجيب(ا) بأن العادة في مثله نفي الوصفين

=> و هي في حجوركم صفة للربائب، فالجار مع المجرور في - من نسائكم - لايكون الا بياناً لنسائكم في أمهات نسائكم قلنا من نسائكم صلة بعد صلة، كالخبر بعد الخبر أو يكون كلا الظرفين متعلقين بكانت المحذوف، و هو الصلة في الحقيقة صفة للربائب مقيد لللفظ باعتبار كلا الظرفين مفيدة لتقوية العلة باعتبار الظرف الاول، و مقيدة للحكم باعتبار الظرف الثاني، و انما قلنا مفيدة لتقويته العلة، لان فائدة قوله - في حجوركم - تقوية العلة و تكميلها، و المعنى أن الربائب اذا دخلتم بامهاتهن و هي في احتضانكم اي تربيتكم او بصدده قوي الشبهة بينها و بين اولادكم فصار احقاء بان تجروها مجراهم. (ا) قوله - و أجيب ... الخ - حاصله ان الحرمة اذا كانت متعلقة بعلة ذات وصفين فيتردد الحكم بينهما بطريق مانعة الخلو فبيان نفي العلة بنفى احداهما لايخلو =>

---

(١) فقال علي رضي الله عنه راجع احكام القرآن ص١٢٩ ج٢ و عمدة القاري باب ربائبكم التى في حجوركم ص١٠٤ ج٢٠ و فتح الباري تحت قول البخاري و هل تسمى الربيبة و ان لم تكن في حجره ص١٩٧ ج٩ مفصلا.

(٢) حيث لم يقل الخ كذا في العناية ص١٢٠ ج٣.

قال و لا بامرأة أبيه و أجداده، لقوله تعالى و لاتنكحوا ما نكح آباؤكم و لا بامرأة ابنه و بني أولاده

جميعا او نفي العلة مطلقاً لا نفي احدهما و السكوت عن الآخر. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا بامرأة أبيه) أي و لايحل له ايضا أن يتزوج بامراة ابيه (و اجداده) او بنساء اجداده (لقوله تعالى و لاتنكحوا ما نكح آباؤكم) و اسم الاب يتناول الاجداد و الاب الحقيقي باعتبار عموم المجاز و هو الاصل، فثبتت الحرمة في الجميع نصاً او اجماعاً على ما مر، و على قول من يجوز الجمع بين الحقيقة و المجاز في المحلين يثبت نصاً، و قوله تعالى و لاتنكحوا النهي، بمعنى النفي، اذ لو كان المراد هو النهي لكان ينعقد نكاحها لان النهي في الافعال الشرعية لايعدم المشروعية، ثم المراد(ا) من النكاح إن كان هو العقد فالوطئ حرام، لان سبب الوطئ عقد النكاح، و لما كان حراماً المسبب المقصود به أولى أن يكون حراماً و ان كان المراد به هو الوطئ، فحرمة العقد ثابتة بالاجماع، لكن لايتم تمسك المصنف بالآية إلا على قول من قال المراد بالنكاح العقد، و قوله تعالى الا ما قد سلف معناه الا ما قد سلف في الجاهلية، فانكم لاتؤاخذون(ب) بذلك اذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة، و قيل معناه و لا ما قد سلف لان - الا - تأتي بمعنى لا(١) قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم فيكون المعنى انه كما لايحل ابتداء العقد بعد ثبوته الحرمة لايحل امساك بما قد سلف بعد نزول الحرمة كيلا يظن ظان ان هذه الحرمة تمنع ابتداء العقد و لاتمنع البقاء، و العرب في الجاهلية كانت فرقتين، فرقة يعتقدون الارث في منكوحة الأب اذا لم يكن منها ولد يطأها بغير عقد جديد، رضيت أم كرهت، و فرقة يعتقدون أنها تحل لهم بعقد جديد و أنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره، فنزلت الا ما قد سلف الاية، ناسخة لما اعتقده الفريقان. (و لا بامراة ابنه) اي و لايحل له ايضا ان يتزوج بامراة ابنه (و بني اولاده) اي و لا

=> عن الترجيح بلامرجح الخ. (ا) قوله - ثم المراد - اقول هذا جواب سؤال مقدر و هو ان حرمة نكاح نساء آبائه و اجداده لاتثبت الا اذا كان المراد بالنكاح في النص العقد، و أما اذا كان المراد الوطئ فلايثبت الا حرمة الوطئ دون النكاح و الكلام في الثاني دون الاول، فاجاب ان المراد بالنكاح ان كان هو العقد فالوطئ حرام، لان انتفاء السبب و هو النكاح بحرمة يستلزم انتفاء المسبب المقصود منه، و هو الوطئ بحرمة، و ان كان المراد به هو الوطئ فحرمة العقد ثابت بالاجماع الخ. (ب) قوله - فانكم لاتؤاخذون - أقول هذا دفع التوهم الناشئ عن قوله تعالى (الا ما قد سلف) فانه يدل بظاهره ان النكاح الذي قد عقدتموها في الجاهلية بنساء آبائكم جائز لكم، و حلائل آبائكم حلال لكم، فاجاب ان المراد انكم لاتؤاخذون بذلك اذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة لا انه مقرر في الشرع =>

---

(١) راجع مغنى اللبيب عنوان حرف الهمزة الا ص٧٣ ج١.

لقوله تعالى و حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم و ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة، و لا بأمه من الرضاعة. و لا بأخته من الرضاعة، لقوله تعالى و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة و لقوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

يحل ايضا نكاح نساء بني اولاده من الذكور و الاناث (لقوله تعالى و حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) الحلائل جمع حليلة، و الذكر حليل، و سميت امراة الابن حليلة لانها حلت للابن من الحل، او لانها تحل فراشه، و يحل هو فراشها من الحلول او حل كل واحد ازار صاحبه، و حليلة الابن حرام على الاب، سواء دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص من الدخول، و اما حليلة ابن الابن بعمومه او بالاجماع. (و ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني) هذا جواب(١) عما يقال ابن الابن لايكون من صلبه فكيف يصح تعدية حليلة الابن الصلبي اليه مع هذا القيد، أجاب بقوله و ذكر الاصلاب لاجل اسقاط اعتبار التبني، فان التبني قد انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة رضي الله تعالى عنه ثم تزوج زينب رضي الله تعالى عنها بعد ما طلقها زيد، فكان المشركون قد طعنوا و قالوا انه قد تزوج حليلة ابنه، فانزل الله عزوجل ماكان محمد أبا احد من رجالكم فالتقييد المذكور هنا لدفع طعن المشركين (لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة) فان حليلة الابن من الرضاع تحرم على أبيه من الرضاع عندنا. و قال الشافعي رحمه الله لاتحرم بناء على أصله أن لبن الفحل لايحرم و استدل بهذا القيد المذكور، و دليلنا قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. و قال الكاكي و ذكر في كتب الشافعية أن تقييد الاصلاب ليس لاحلال حليلة الرضاع بل لاحلال حليلة المتبنى، فحينئذ لاخلاف بيننا و بينهم. (و لا بأمه من الرضاعة) أي و لايحل ايضا أن يتزوج بأمه من الرضاعة (و لا بأخته من الرضاعة) أي و لايحل أيضا ان يتزوج باخته من الرضاع، و الرضاع بفتح الراء و كسرها و بالتاء معهما(٢) و أنكر الاصمعي كسرها مع التاء (لقوله تعالى و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة و لقوله عليه الصلوة و السلام) و لقول النبي صلى الله عليه وسلم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) هذا الحديث(٣) بهذا اللفظ أخرجه الطبراني في معجمه الكبير من حديث ثوبان رضي الله عنه أن

=> لكن هذا التقدير تقدير الاستثناء المنقطع الخ.

---

(١) جواب الخ كذا في العناية و الكفاية ص١٢١ ج٣. (٢) و بالتاء معهما كذا في اللسان والاوجز ص٤٥٧ ج٤. (٣) هذا الحديث الخ راجع نصب الراية ص١٦٨ ج٣.

و لايجمع بين أختين نكاحاً

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع مايحرم من النسب، و أخرج الترمذي(١) من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم من الرضاعة ما حرم من الولادة، و قال هذا حديث حسن صحيح، و أخرج البخاري(٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة فقال انها لاتحل لي انها ابنة أخي من الرضاعة و انه يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب، و اخرجه مسلم و لفظه ما يحرم(ا) من الرحم. (و لايجمع بين أختين نكاحا)(٣) أي من حيث النكاح اي لايكونان معه

(ا) قوله – ما يحرم من النسب – اقول و جعل سبباً للتحريم، لان الجزء من المرضعة و هو اللبن صار جزءاً للرضيع باغتذائه به، فاشبه منيها و حيضها، و لم يخالف في هذا الا اهل الظاهر و ابن علية، فقالوا لاتثبت حرمة الرضاع بين الرجل و الرضيع و نقله المازري عن ابن عمر و عائشة رضي الله عنهما و احتجوا بقوله تعالى (و أمهاتكم اللاتي ارضعنكم و أخواتكم من الرضاعة) و لم يذكر البنت و العمة كما ذكرهما في النسب، و احتج الجمهور بالاحاديث المروية في الصحاح من قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب، و قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة، و قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاعة مايحرم من الرحم و غير ذلك من احاديث الصحيحة الصريحة في هذا الباب، و أجابوا عما احتجوا به من الآية انه ليس فيها نصاً باباحة البنت و العمة و نحوهما، لان ذكر الشيء لايدل على سقوط الحكم عما سواه، و لم يعارضه دليل آخر كيف و قد جاءت هذه الاحاديث الصحيحة.

(١) الترمذي باب ماجاء يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ص١٣٦ ج١ و البخاري باب و امهاتكم التي ارضعنكم الخ ص٧٦٤ ج٢ و باب ما يحل من الدخول و النظر الى النساء في الرضاع ص٧٨٨ ج٢ و مسلم كتاب الرضاع ص٤٦٧ ج١ و ابوداود باب يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب ص٢٨٧ ج١ و النسائي عنوان مايحرم من الرضاع ص٨١ ج٢ و قال الزيلعي و اما حديث عائشة فاخرجه الجماعة عنها الا ابن ماجة. (٢) البخاري باب الشهادة على الانساب الخ ص٣٦٠ ج١ و مسلم كتاب الرضاع ص٤٦٧ ج١. (٣) نكاحاً راجع اوجز المسالك مالايجمع بينه من النساء ص٢٧٠ ج٤ و فتح الباري باب لاتنكح المرأة على عمتها ص٢٠١ ج٩ و المغنى ص٤٧٨ ج٧ و لفظ ابن حجر رحمه الله تعالى في الفتح قال الترمذي بعد تخريجه (اي حديث لايجمع بين المرأة و عمتها الخ) العمل على هذا عند عامة اهل العلم لانعلم بينهم اختلافا. و قال ابن المنذر لست اعلم في منع ذالك اختلافا اليوم و انما قال بالجواز فرقة من الخوارج و كذا نقل الاجماع ابن عبد البر و ابن حزم و القرطبي و النووي لكن استثنى ابن حزم عثمان البتى و هو احد الفقهاء القدماء من اهل البصرة و هو بفتح الموحدة و تشديد المثناة و استثنى النووى طائفة من الخوارج و الشيعة و استثنى القرطبى الخوارج انتهى. ملخصا

و لايملك يمين وطئاً، لقوله تعالى و أن تجمعوا بين الاختين و لقوله عليه الصلوة و السلام من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلايجمعن ماءه في رحم أختين

بعقد او عقدين (و لايملك يمين وطئاً) أي من حيث الوطئ قيد بالوطئ لانه يجوز ان تجمع بين الامتين الاختين من حيث الملك، غير انه اذا وطئ احداهما لايطأ الاخرى، و كان عثمان رضي الله تعالى عنه يتوقف(ا) في الجمع بين الاختين في الوطئ بملك اليمين، و يقول أحلتهما آية و هي قوله تعالى و ما ملكت أيمانكم و حرمتهما آية و هي قوله تعالى و إن تجمعوا بين الاختين و جعل ابوبكر الرازي(١) هذا قول علي و مجاهد، رواه عن علي الشعبي، و يروى عنه إنكاره. و في الكشاف جعله قول عثمان و علي رضي الله عنهما ثم قال فرجح علي التحريم و عثمان الاباحة، و الاباحة قول الظاهرية، (لقوله تعالى و ان تجمعوا بين الاختين) و هو في موضع الرفع، لانه معطوف على المحرمات، اي و حرم عليكم الجمع بين الاختين و قال تاج الشريعة قوله و ان تجمعوا بين الاختين اي حرم عليكم الجمع بينهما و المراد حرمة النكاح، لان التحريم في الآية تحريم النكاح و قوله تعالى و أن تجمعوا عطف على أمهاتكم. (و لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلايجمعن(ب) ماءه في رحم أختين) هذا

(ا) قوله – يتوقف في الجمع – اقول فان قيل و لم يجعل قوله (و ان تجمعوا بين الاختين) مخصصاً لقوله (و ما ملكت أيمانكم في القدر المشترك. قلنا كان التوقف عنه في الجمع عن وفور احتياطه و شدة اتقائه، لان المشتبهات لها حكم المحرمات في كف النفس عنها، و لهذا روى عنه رضي الله عنه التوقف دون التحريم. (ب) قوله – فلايجمعن – أقول هذا الحديث دليل على حرمة الجمع في النكاح بين الاختين في الوطئ و الجمع بينهما في النكاح، فان النكاح في قوة الوطئ و لو خص بالاول جاز، لان الآية دليل على حرمة النكاح، و أما الآية فظاهر سوقها يدل على امتناع الجمع في النكاح. و لو عمم الجمع بحيث يشتمل ملك اليمين في الوطئ لوجب القول بتخصص ملك اليمين بالاجماع هكذا قال بعض المحشيين و فيه نظر، لان هذه الآية على تقدير الجمع نكاحاً =>

---

(١) الرازي و لفظه في احكام القرآن ص١٣٠ ج٢ و من الجمع ايضا ان يجمع بين وطئهما بملك اليمين و قد كان فيه خلاف بين السلف ثم زال و حصل الاجماع على تحريم الجمع بينهما بملك اليمين و روى عن عثمان و ابن عباس رضي الله عنهما انهما اباحا ذالك و قالا احلهما آية و حرمهما آية و قال عمر و علي و ابن مسعود و الزبير و ابن عمر و عمار و زيد بن ثابت رضي الله عنهم لايجوز الجمع بينهما بملك اليمين و قال الشعبى سئل على رضي الله عنه عن ذالك فقال احلتهما آية و حرمتهما آية فالحزام اولى (ثم قال) و روى عن عثمان الاباحة و روى عنه انه ذكر التحريم و التحليل و قال لا آمر به و لا انهى عنه فجائز ان يكون قال فيه بالاباحة ثم وقف فيه و قطع على فيه بالتحريم انتهى مختصرا و راجع لبعض هذه الآثار الدارقطنى ص٢٨١ ج٣.

فان تزوج أخت أمة له و قد وطئها صح النكاح لصدوره من أهله مضافاً الى محله، و اذا جاز لايطأ الأمة، و ان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكماً

حديث غريب(١) لم يتعرض له أحد من الشراح غير أن الكاكي أحال ما ذكره في المبسوط و السروجي أحال على الذخيرة للمالكية، نعم روي الترمذي(٢) في جامعه من حديث ابي وهب الجيشاني أنه سمع ابن فيروز الديلمي يحدث عن أبيه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله إني أسلمت و تحتي أختان، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر أيهما شئت و قال هذا حديث حسن غريب،و فيه دلالة على أن الجمع بين الاختين لايجوز، قال الترمذي و ابووهب الجيشاني اسمه الديلم بن هوشع و الجيشاني بفتح الجيم و سكون الياء آخر الحروف و بشين معجمة نسبة الى جيشان قبيلة باليمن، و هو جيشان ابن عيذان بن حجر بن ذي رعين و اسم ابن فيروز الضحاك و ذكره ابن حبان في الثقات. (فان تزوج أخت أمة له) أي فان تزوج رجل اخت امة في ملكه (و قد وطئها) جملة حالية، و الجملة الفعلية الماضية اذا وقعت حالاً لابد فيها من لفظة قد صريحاً أو مقدرة، اي و الحال أن الرجل قد كان وطئ جاريته التي في ملكه (صح النكاح لصدوره من أهله مضافاً الى محله) أي لاجل صدور النكاح من اهله حال كونه مضافا الى محله، لان الأخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام و هو لايمنع نكاح الأخت الا انه لايطأها بعد ذلك (و اذا جاز) أي نكاح أخت امته وطئها (لايطأ الأمة) بعد ذلك حتى لايصير جامعا بين الاختين بوطئ (و ان كان لايطأ المنكوحة) واصل بما قبله (لان المنكوحة موطوءة حكماً) اي من حيث الحكم، و لهذا تستحق الوطئ على الزوج و الامة لاتستحق الوطئ على المولى. فان قيل(٣) (ا) لما كان النكاح قائما مقام الوطئ ينبغي أن لايجوز هذا النكاح حكماً، كيلايصير

=> محرمة للجمع بينهما وطئا بملك اليمين بدلالة النص، لان الجمع بين الاختين لما حرم نكاحا و هو سبب مفض الى الوطئ فلان يحرم وطئا بملك اليمين اولى و على تقدير ارادة النكاح و الاستمتاع بملك اليمين محرمة بالعبارة على ان الظاهر ان الحرمة غير مقصورة على النكاح، فان المحرمات المعدودة كما هي محرمة في في النكاح فهي محرمة في ملك اليمين. (ا) قوله - فان قيل ... الخ - اقول فان قيل لا حاجة الى هذا السؤال والجواب لان تحقيق الوطئ الحقيقي من الامة قبل نكاح اختها و ثبوت الوطئ الحكمي من نكاحها لايستلزم الاجتماع من =>

---

(١) حديث غريب الخ راجع نصب الراية ص١٦٨ ج٣. (٢) الترمذي كتاب النكاح باب في الرجل يسلم و عنده اختان ص١٣٤ ج١ و ابوداود كتاب الطلاق باب من اسلم و عنده نساء اكثر من اربع ص٣١٢ ج١ و ابن ماجة باب الرجل يسلم و عنده اختان ص١٤١ و ابن حبان في صحيحه و اخرجه البيهقي و صححه. نصب الراية مع حاشيته ص١٦٩ ج٣. (٣) فان قيل لما كان الخ كذا في العناية و الكفاية.

و لايطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب، فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا و يطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذا المرقوقة ليست موطوءة حكماً فان تزوج أختين في عقدتين و لايدري أيتهما أولى فرق بينه و بينهما، لان نكاح إحداهما باطل بيقين و لا وجه إلى التعيين لعدم الاولوية و لا الى التنفيذ مع التجهيل

جامعاً بينهما وطئا كما قال بعض(١) أصحاب مالك رحمه الله تعالى قلنا نفس النكاح ليس بوطئ، و انما صار كالوطئ عند ثبوت حكمه، و هو حل الوطئ و حكم الشئ يثبت بعده، و النكاح حال وجوده ليس بوطئ فيصح لوجوده في محله. (و لايطأ المنكوحة للجمع) اي لاجل الجمع بينهما (الا اذا حرم الموطوءة) أي الامة الموطوءة (على نفسه، بسبب من الأسباب) كالبيع و التزويج و الهبة بالتسليم و بالاعتاق و الكتابة (فحينئذ) أي حين حرم الامة الموطوءة على نفسه (يطأ المنكوحة لعدم الجمع) من حيث الوطئ و عن ابي يوسف لايحل و عنه ايضا لو ملك فرج الاولى غيره لايطأ الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطئها، لانه يجوز ان تكون حاملاً منه. (و يطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكماً) لان ملك اليمين لم يوضع للوطئ، و لهذا لايثبت نسب ولد الموقوفة بلا دعوة و في المنكوحة يثبت بدونها. (فان تزوج أختين في عقدتين و لايدري أيتهما أولى) بضم الهمزة، لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلاً للجمع بين الاختين، فلايستحقان شيئا من المهر، و قيد بقوله و لايدري أيتهما أولى، لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية (فرق بينه و بينهما، لان نكاح احداهما باطل بيقين، و لاوجه الى التعيين لعدم الاولوية) لأنه اذا لم يكن وجه لتعيين أحداهما بان تعين احداهما لعدم الاولوية لعدم التعيين (و لا الى التنفيذ مع التجهيل) يعني الى تصحيحه

=> الاختين وطئاً، لان القبل الزماني لايجتمع مع البعد الزماني. قلنا الاشتغال بوطئ الاختين في زمان واحد محال، و المحال لايتعلق بوجوده و عدمه تكليف شرعي، لان عدمه واجب وجوده ممتنع، و كل من الواجب و الممتنع خارج عن تكليف الشرعي فالمراد من نهي الاجتماع بين الاختين وطئاً، نهي الاجتماع بين اسباب وطئها، و هو الاجتماع بينهمانكاحاً، لان النكاح سبب موجب للوطئ بحيث كانه هو بخلاف ملك الرقبة لانتفاء اثره في العبد المملوك او نهي الاجتماع بين وطئ احداهما، و سبب وطئ أخراهما او نهي الاشتغال بوطئ احداهما مع بقاء اثر وطئ اخراهما الخ.

---

(١) بعض اصحاب مالك - كذا في فتح القدير لكن في العناية و الكفاية كما قال مالك.

لعدم الفائدة او للضرر، فتعين التفريق، و لهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما و انعدمت الاولوية للجهل بالاولية فينصرف اليهما و قيل

في احداهما بغير عينها (لعدم الفائدة) لان المقصود بالنكاح التوالد و التناسل، و ذلك بالوطئ، و الوطئ لايقع في غير المعينة، بل يقع في المعينة، و لا حل(ا) في الخفية او للضرر في حقهما، لان كل واحدة منهما تبقى معلقة لا ذات بعل و لا مطلقة على تقدير ابقاء النكاح، و فيه ضرر بهما، و لا خلاف فيه للائمة الاربعة (فتعين التفريق) بينهما لما ذكرنا من الامور. (و لهما) أي الاختين (نصف المهر) يعني بينهما نصفان (لانه) أي لان نصف المهر (وجب للاولى منهما) بضم الهمزة قوله - منهما - أي من الاختين، اي التي نكاحها اولا لصحة نكاحها، و قد جاءت فرقة من جانب الزوج فصار كالطلاق قبل الدخول لايصح نكاحها و يبقى الموطوءة على الاباحة و ليست احداهما اولى من الاخرى فصار بينهما(ب) (و انعدمت الاولوية للجهل بالاولية) و قال الاكمل(١) و تقرير كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا و ليست احداهما لكونها اولى اولى للجهل بالاولوية و في بعض النسخ بالاولية (فينصرف اليهما) أي الى الاختين. فان قيل(٢) ينبغي ان لايقضى على الزوج بشئ كما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و به قال بعض الحنابلة لان المقضي له مجهول، و جهالة المقضي له تمنع القضاء، كما اذا قال لاحدهما على الف، فانه لايكون لاحدهما ان ياخذ منه شيئا ما لم يصطلحا. و أجيب بان معنى المسألة ان تدعي كل واحدة منهما انها الاولى و لاحجّة لهما، اما اذا قالتا لاندري اي النكاحين اول لايقضى لهما بشئ ما لم يصطلحا على أخذ نصف المهر، لان الحق وجب لمجهولة فلابد من الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما، و هو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني كذا في الكافي، و اشار الى هذا بقوله (و قيل

(ا) قوله - و لا حل - اقول هذا جواب سؤال مقدر، و هو ان تعيين الواحد يمكن اذا تعين اثنين، فاجاب انه لا حل في الجمعية، الخ. (ب) فصار بينهما .. الخ نقل الشيخ الهداد عن بعض شروح الهداية أن موضوع المسألة فيما اذا كان مهرهما سواء، و أما اذا تفاوتا فانه يجب ربع كل واحد منهما، و لم يتعرض به في الكتاب لعدم تفاوت مهر الاختين عادة، و قيل ان لهما نصف المهر اي مهر كان اذا تساوى المهران و نصف اقل المهرين اذا تفاوتا، فانه ثابت بيقين، و قال الفاضل عبدالغفور هذا اذا لم يدخل الزوج، و اما اذا دخل فان دخل عليهما لزم اقل من مهر المثل و المسمى، فانه ثابت بيقين و ذلك لان الموطوءة اذا كانت منكوحة لزم المسمى، و إن لم تكن منكوحة لزم مهر المثل فالاول ثابت على كل تقدير، و إن دخل على واحد منهما دون الاخر فللموطوءة أقل من مهر المثل، و المسمى و للأخرى ربع أقل المسمى.

---

(١) الاكمل في العناية ص١٢٣ ج٣. (٢) فان قيل الخ كذا في الكفاية ص١٢٤ ج٣.

لابد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة. و لايجمع بين المرأة و عمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه الصلوة و السلام لاتنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على ابنة أخيها و لا على ابنة أختها.

لابد من دعوى كل واحدة منهما) أي من الاختين (انها الاولى او الاصطلاح) أو لابد من اصطلاحهما (لجهالة المستحقة) و صورة الاصطلاح أن تقولا(ا) عند القاضي لنا عليه المهر فنصطلح على أخذ نصف المهر اذ الحق لايعدونا و يكون لكل واحدة ربع المهر، و عن محمد يجب مهر كامل لهما، لانه يقر بنكاح احداهما، و عدم طلاقها، فاذا جاز نكاح احداهما وجب المهر كاملاً (و لايجمع بين المرأة و عمتها او خالتها) اي و لايجمع ايضا بين المرأة و عمتها و لابين المرأة و خالتها (أو ابنة أخيها) أي اخي المرأة (أو ابنة أختها) أي أخت المرأة (لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لاتنكح(ب) المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على ابنة أخيها و لا على ابنة أختها) هذا الحديث(١) رواه مسلم و أبوداود و الترمذي و النسائي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه و اللفظ لهم خلا مسلماً قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتنكح المرأة على عمتها و لا العمة على بنت اخيها و لا المرأة على خالتها و لا الخالة على بنت أختها لاتنكح الكبرى على الصغرى و لاالصغرى على الكبرى. و اعلم(٢) ان مسلماً لم يخرجه هكذا بتمامه، و لكنه فرقه حديثين فاخرج صدره عن ابي سلمة عن ابي هريرة

(ا) قوله – أن تقولا – اقول و انما كان الامر كذلك اذ لو لم يكن الدعوى و لا الاتفاق فلايصرف المال اليه و لايجوز للقاضي أن يصرف المال الى من لايدعى الاستحقاق، و إن علم القاضي استحقاقه فكيف اذا لم يعلم و يلزم من ذلك اذا سكتتا لم يصرف نصف المهر اليهما. (ب) قوله – لاتنكح المرأة – اقول بقي هاهنا شيء و هو أن الدليل لايثبت الدعوى اذ المدعى شامل للجمعية و الترتيب و الدليل لايثبت الا نفي الترتيب، اللهم الا ان يقال ان العلة موجودة حالة الاجتماع اذ العلة هي العمومة و الخؤولة.

---

(١) هذا الحديث رواه مسلم الخ راجع نصب الراية ص١٦٩ ج٣ و مسلم باب تحريم الجمع بين المرأة و خالتها ص٤٥٢ ج١ و ابوداود باب ما يكره ان يجمع بينهن من النساء ص٢٨٩ ج١ و الترمذي باب لاتنكح المرأة على عمتها الخ ص١٣٤ ج١ و قال حديث حسن صحيح و النسائي تحريم الجمع بين المرأة و خالتها ص٨٠ ج٢ و راجع عمدة القاري باب لاتنكح المرأة على عمتها ص١٠٦ ج٢٠. (٢) و اعلم الخ كذا في نصب الراية مع الحاشية و فيه اخرج البخاري باب لاتنكح المرأة على عمتها ص٧٦٦ ج٢ و مسلم عن الاعرج عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لايجمع بين المرأة و عمتها و لا بين المرأة و خالتها و اخرج البخاري نحوه عن جابر رضي الله عنه.

و هذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله

رضي الله عنه مرفوعاً لاتنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و اخرج باقيه عن قبيصة بن ذويب عن ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعا لاتنكح العمة على بنت الاخ و لا بنت الاخت على الخالة و روى عن علي رضي الله تعالى عنه أخرجه أحمد في مسنده من النصف الاول من الحديث الذي ذكره المصنف، حيث قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لاتنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و كذا رواه ابن ماجة من حديث ابى موسى رضي الله عنه مثله سواء، و كذا بعينه رواه الطبراني في الكبير من حديث الحسن عن سمرة بن جندب رضي الله عنه و كذا رواه الطبراني من حديث أيوب بن خالد عن عتاب بن أسيد (و هذا مشهور) أي هذا الحديث مشهور، و تلقته الامة بالقبول، و اشتهر بين التابعين و أتباع التابعين مع رواية كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم و قد رواه من الصحابة(١) ابن عباس و أبوهريرة و علي و ابن عمر و ابوسعيد و ابو أمامة و جابر و عائشة و أبوموسى و سمرة بن جندب و عبدالله بن مسعود و أنس بن مالك و عتاب بن أسيد رضي الله عنه (يجوز الزيادة على الكتاب بمثله) أراد بالكتاب قوله تعالى و أحل لكم ما وراء ذلكم و كذلك أيضا قد خصت هذه الآية بالوثنية و المجوسية، و بناته من الرضاعة فخص هذه الصورة أيضا بهذا الخبر. و قيل ورد بياناً لمجمل الكتاب، لانه(ا) شرط الاحصان في الاباحة بقوله محصنين، و هو مجمل و خبر الواحد يصح أن يكون بياناً لما هو معهم الكتاب، و قد احتج بهذا الحديث على تحريم الجمع بين من ذكر في الحديث. و قال ابن عبدالبر اجمع العلماء(٢) على القول بهذا الحديث قال فلايجوز عند جميعهم نكاح المرأة على عمتها، و إن علت و لا على ابنة

(ا) قوله - لانه شرط الاحصان - اقول قال الله تعالى (احل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين) في البيضاوي (أن تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين) مفعول به، و المعنى أحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا النساء باموالكم بالصرف في مهورهن او أثمانهن حال كونكم محصنين غير مسافحي و يجوز ان لايقدر مفعول تبتغوا، فكانه قيل ارادة ان تصرفوا اموالكم محصنين غير مسافحين او بدل من وراء ذلكم، انتهى الظاهر من سياق الآية هو البدل، والمراد بالاحصان هو انعقاد الصيانة عن قطع الرحم كما هو بيان الحديث.

---

(١)من الصحابة رضي الله عنهم قال الترمذي ص١٣٤ ج١ و في الباب عن علي و ابن عمر و عبدالله بن عمرو و ابي سعيد و ابي امامة و جابر و عائشة و ابي موسى و سمرة بن جندب رضي الله عنهم و قد اسنده عن ابن عباس و ابي هريرة و تفصيل هذه الاحاديث في عمدة القاري ص١٠٦ ج٢٠ و فتح الباري ص٢٠٠ ج٩. (٢) اجمع العلماء الخ و قد ذكرنا في الحاشية مايتعلق به قبل صفحات عن احكام القرآن للجصاص و فتح الباري لابن حجر رحمهما الله تعالى.

أختها و ان سفلت و لا على خالتها و ان علت و لا على ابنة اختها و ان سفلت. قال و الرضاعة في ذلك كالنسب و لا خلاف فيه للفقهاء و نقل عن(ا) الروافض و الخوارج و الظاهرية و عثمان البتي أنه يجوز الجمع بين المرأة و عمتها و بينها و بين خالتها، ورد عليهم بما ذكرنا. فان قلت ما الحكمة في النهي عن ذلك. قلت قال بعضهم لما فيه من قطيعة الرحم، و به جزم الرافعي، و استدلوا على ذلك بما رواه ابن حبان(١) في صحيحه من رواية ابي حريز أن عكرمة حدثه عن ابن عباس رضي الله عنه قال نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم أن تزوج المرأج على العمة و الخالة قال انكن اذا فعلتن ذلك قطعتن ارحامكن، و من قال بهذا عدى الحكم الى الاقارب كلها بهذا المعنى فلايجوز الجمع عندهم بين المرأة و قريبتها سواء كانت عمة او خالة او بنت عمة او بنت خالة او بنت عم او بنت خال، و هذا مروي عن اسحاق بن طلحة و عكرمة و قتادة و جابر بن زيد، و اختلفت الرواية فيه عن عطاء بن ابي رباح فروي ابن ابي نجيح عنه موافقة هؤلاء في تعميم الاقارب و روى ابن جريج عنه موافقة الجمهور، و هو الصحيح عنه، و حكي عن مالك ان غيره احسن منه و اقتصر(ب) الجمهور على تحريم ما ورد به الخبر، و قال شيخنا زين الدين ليست الحكمة فيه قطيعة الرحم بل المعني فيه كما رجحه ابن عبدالبر هو المعنى في تحريم الجمع بين الاختين، و ذلك لان احدى الاختين لو كان ذكراً لايحل له نكاح الاخرى، فكذلك من هو بمنزلة الاختين كالعمة و الخالة و بنت الاخت و ليس كذلك بنت العم و بنت العمة و بنت الخال و بنت

(ا) قوله - و نقل عن الروافض .. الخ - اقول قال الامام النووي و قالت طائفة من الخوارج و الشيعة يجوز، و احتجوا بقوله تعالى (و احل لكم ما وراء ذلكم) و احتج الجمهور بهذه الاحاديث خصوا بها الاية، و الصحيح الذي عليه جمهور الاصوليين جواز تخصيص عموم القرآن بخبر الواحد، هذا الجواب على حسب مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و أما على مذهبنا فقد أشبعنا الكلام فيما سبق، فتذكر، الخ. (ب) قوله - و اقتصر الجمهور - اقول قال الامام النووي و أما باقي الاقارب كالجمع بين بنتي العم و ابنتي الخالة او نحوهما فجائز عندنا، و عند العلماء كافة، الا ماحكاه القاضي عن بعض السلف انه حرمه، دليل الجمهور قوله تعالى (و احل لكم ما وراء =>

---

(١) ابن حبان و في نصب الراية ص١٧٠ ج٣ و روى الطبراني من حديث ابن عباس رضي الله عنه نحوه (نحو حديث ابى هريرة رضي الله عنه عند الشيخين لايجمع بين المرأة و عمتها الخ) و زاد فيه فانكم فعلتم ذالك قد قطعتم ارحامكم و روى ابوداود في مراسيله عن عيسى بن طلحة رحمه الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة و كذا في فتح القدير ص١٢٥ ج٣ و راجع اعلاء السنن ص٢٨ ج١١. (٢) النووي رحمه الله في شرح المسلم ص٤٥٢ ج١.

و لايجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى

الخالة، فانه لو كان احداهما ذكرا يحل له نكاح الاخرى، و قد روى هذا المعنى عن الصحابة فيما ذكر ابن عبدالبز من رواية معتمر بن سليمان عن فضيل بن ميسرة عن أبي حريز عن الشعبي قال كل امرأتين اذا جعل موضع احداهما ذكراً لم يحل له أن يتزوج بالاخرى، فالجمع بينهما باطل، فقلت له عمن هذا فقال عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم و ابو حريز بفتح الحاء المهملة و كسر الراء، و في آخره زاى و اسمه عبدالله بن حسين و هو قاضي سجستان، و اختلف في الاحتجاج به فضعفه الجمهور(١) و يحي بن سعيد القطان و أحمد و ابوداود و النسائى و ابن معين في رواية و وثقه في أخرى و وثقه أبوزرعة ايضاً، و لم يحتج به الشيخان، و علق له البخاري، و أخرج له ابن حبان في صحيحه. (و لا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) قال الاترازي لو قال(ا) لو كانت كل واحدة منهما رجلا كما هو في لفظ بعض نسخ القدوري فكان أولى لان الشرط أن يتصور الرجل من كل جانب لا من جانب واحد و الا ينتقض هذا الكلي بالمسألة التي تليه و هي مسألة الجمع بين المرأة و بنت زوج كان لها من قبل، ثم ان الشراح قالوا في صورة قوله - و لايجمع بين امرأتين ..... الي آخره - كالمرأة و عمتها فان كل واحدة منهما لو فرضت ذكراً حرم العقد بينهما، لانه لو فرضت المرأة ذكراً يحرم عليه نكاح عمته، و لو فرضت العمة ذكراً يحرم عليه نكاح بنت أخيه، فاذا لم يحرم الجمع بينهما الا من جهة واحدة جاز الجمع بينهما كما اذا جمع بين امرأة و بين بنت زوج كان لها من قبل لان(ب) احداهما لو كان رجلاً و هي الزوجة جاز له أن يتزوج الاخرى فلم يعم التحريم. و قال زفر(ج) رحمه الله تعالى لايجوز كما في الصورة الاولى و هو مذهب ابن ابى ليلى و الحسن

=> ذلكم) و الله أعلم، انتهى. و فيه أن التخصيص بماروان ابن حبان جائز، فانه تخصيص بالخبر و بالقياس بعد تخصيصات كثيرة. (ا) قوله - لو قال - اقول الاولى ان يقال و لايجمع بين امرأتين أيتهما فرضت ذكراً لم يجز له أن يتزوج بالاخرى، هكذا في متن الوقاية، قال العلامة جلبي في شرحه و انما عدل عن قول صاحب الهداية لو كانت احداهما لانه لاريبة أن المراد افادة عدم جواز التزويج بينهما على جميع التقادير المحتملة، لان جوازه على بعضها لايمنع الجمعية. (ب) قوله - لان احداهما - اقول لان بنت الزوج لوفرضت ذكراً كان ابن الزوج و تزويجه عن منكوحة الاب حرام، أما المرأة الاخرى لو فرضت ذكراً لاتحرم عليه تلك المرأة، الخ. (ج) قوله - و قال زفر ... الخ - اقول قال الامام النووي(٢) و أما الجمع بين زوجة الرجل و ابنته من غيرها فجائز عندنا و عند مالك و =>

---

(١) الجمهور راجع تهذيب التهذيب ترجمة عبدالله بن الحسين ابوحريز البصري ص١٨٦ ج٥. (٢) النووي رحمه الله تعالى في شرح المسلم ص٤٥٢ ج١.

لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة و القرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع، و لو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل، و لابأس بأن يجمع بين امرأة و بنت زوج كان لها من قبل

البصري و عكرمة، و في الينابيع إن كان النكاح على كلا التقديرين لايحل له أن يجمع بينهما بنكاح و لا بملك يمين وطئا و لا بالمس بشهوة و لا بالتقبيل، و ان كان يحل الى إحدى التقديرين دون الآخر يحل عند الجمهور خلافاً لزفر رحمه الله تعالى. و في المجتبى لفظ المصنف لو كانت كل واحدة منهما رجلاً لم يجز ان يتزوج بالاخرى، و ما وقع في بعض النسخ لو كانت احداهما رجلا سهو وقع من الكاتب، لانه ينتقض بالمسألة التي يليها، و انما قال هذا لما عرف من دأب هذا الكتاب أن يذكر أصلا جامعاً يتخرج منه المسائل. (لان الجمع بينهما) أي الجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلاً (يفضى الى القطعية) أي قطيعة الرحم المحرم القطع لان المعاداة عادة بين الضرائر (و القرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع) أي القرابة اذا كانت ممن يحرم النكاح بها يحرم قطعها لانه يفترض(ا) وصلها، و النكاح(ب) سبب لقطعها لجواز أن لاتطيع الزوج فيما يأمر و ينهى فيؤدى الى التشاجر كما هو العادة و هو سبب للقطع و الجمع بينهما يؤدى الى القطيعة أيضا بل القطيعة هنا أكثر(ج) و قال تاج الشريعة يعني أن حرمة النكاح ثمة كحرمة القطيعة حتى لايؤدى الى استدلالها، فان النكاح رق (و لو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم) اي الجمع كالجمع بين المرأة و عمتها الرضاعية و الجمع بين المرأة و خالتها من الرضاع و الجمع بين المرأة و مرضعتها كما في النسب (لما روينا من قبل) و هو قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، و قد مر عند قوله تعالى و أمهاتكم اللاتي ارضعنكم و أخواتكم من الرضاعة (و لا بأس بأن يجمع بين امرأة و بنت زوج كان لها من قبل ذلك) و قال الاترازي

=> ابي حنيفة و الجمهور، و قال الحسن و عكرمة و ابن ابي ليلى لايجوز دليل الجمهور قوله تعالى (و احل لكم ما وراء ذلكم) انتهى، و فيه نظر كما سبق. (ا) قوله - لانه يفترض - اقول لقوله عليه الصلوة و السلام الرحم معلقة بالعرش تقول من وصلني(١) وصله الله و من قطعني قطعه الله، و قوله عليه الصلوة و السلام لايدخل الجنة(٢) قاطع رحم رواه مسلم و غير ذلك من الاحاديث المروية في الصحاح في هذا الباب الخ. (ب) قوله - و النكاح - اقول و القطع حرام فالسبب كذلك لان مقدمة الحرام حرام الخ. (ج) اكثر اذ كثيرا ما يكون بين الزوجة و الزوج ملائمة تامة بخلاف الزوجتين لواحد.

---

(١) من وصلني الحديث رواه البخاري كتاب الاداب ص٨٨٦ ج٢ و مسلم كتاب البر ص٣١٥ ج٢ عن عائشة رضي الله تعالى عنها. (٢) لايدخل الجنة الخ رواه البخاري ص٨٨٥ ج٢ و مسلم ص٣١٥ ج٢ عن جبير بن =>

لانه لاقرابة بينهما و لا رضاع. و قال زفر رحمه الله تعالى لايجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لايجوز له التزوج بامرأة أبيه، قلنا امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له التزوج بهذه، و الشرط أن يصور ذلك من كل جانب

اراد بابنة الزوج ابنته من امرأة أخرى و قوله كان لها من قبل صفة نكرة، و هي الزوج و الضمير في لها يرجع الى المرأة، و به قال الائمة الاربعة و عامة العلماء (لانه لا قرابة بينهما) اي بين هذه المرأة و بنت زوج كان لها من قبل (و لا رضاع) لان المانع من الجمع قرابة بين المرأتين او ما يشبه القرابة في الحرمة كالرضاع، و ذلك غير موجود فيهما. (و قال زفر رحمه الله لايجوز) و هو قول الحسن البصري و عكرمة و ابن ابى ليلى (لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكراً لايجوز له التزوج بامرأة أبيه، قلنا امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه) أي بهذه البنت (و الشرط أن يصور ذلك من كل جانب) كما كان في الاختين كذلك، لان ذلك هو المنصوص عليه، و ما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الاصل، و قد صح أن عبدالله بن جعفر جمع بين امرأة علي و ابنته. قال السروجي ذكر البخاري(١) أن عبدالله بن جعفر جمع(ا) بين ابنة علي و امرأة علي رضي الله تعالى عنهم و عن ابن عباس رضي الله عنه انه جمع بين امرأة رجل و ابنته من غيرها، رواه الدارقطني، و كذلك روى الدارقطني(٢) عن رجل من اهل مصر كانت له صحبة يقال جبلة انه جمع بين امرأة رجل و ابنته من غيرها. و في المغنى(٣) لو كان لرجل ابن من غير زوجته، و لها بنت من غيره او كان له بنت و لها ابن جاز تزوج احدهما من الآخر في قول عامة العلماء. و حكى عن طاووس كراهيته اذا كان ممن ولدته المرأة بعد وطئ الزوج لها، و الاول اولى لعموم الآية، و متى ولدت المرأة من ذلك الزوج ولداً صار عماً لولدها و خالاً، و اذا تزوج امرأة و زوج ابنه امها جاز، و اذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الاب و ولد الاب عم ولد

(ا) قوله – و جمع – أي جمع عبدالله بن جعفر أي ابن ابي طالب بين ابنة علي زينب و بين امرأة علي ليلى بنت مسعود فجمع بين المرأة و بنت زوجها، و هذا وصله البغوي في الجعديات. و قال ابن سيرين محمد فيما وصله سعيد بن منصور بسند صحيح لما قيل له أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف و ابنته من غيرها لا بأس به و كرهه أي الجمع بين المرأة و بنت زوجها الحسن البصري مرة، ثم قال لابأس به، و هذا وصله الدارقطنى إرشاد الساري في شرح صحيح البخاري.

=> مطعم رضي الله عنه. (١) البخاري باب ما يحل من النساء و مايحرم الخ ص٧٦٥ ج٢ و التفصيل في عمدة القاري ص١٠١ ج٢٠ و نصب الراية ص١٧٦ ج٣ و فتح القدير ص١٢٦ ج٣. (٢) الدارقطنى ص٣١٨ ج٣ لكني لم اجد رواية ابن عباس رضي الله عنه هذه في مظانه من الدارقطني. (٣) المغنى ص٤٩٨ ج٧.

و من زنى بامرأة حرمت عليه أمها و بنتها. و قال الشافعي رحمه الله تعالى الزنى لايوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلاتنال بالمحظور. و لنا أن الوطئ سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملاً

الابن. (و من زنى بامرأة حرمت عليه أمها و ابنتها) و هو قول عمر(١) و عمران بن الحصين و ابن مسعود و جابر بن عبدالله و أبي بن كعب و عائشة و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم في الاصح، و به قال الحسن البصري و عامر الشعبي و ابراهيم النخعي و عبدالرحمن الاوزاعي و طاووس و مجاهد و عطاء، و قال ابوبكر بن ابي شيبة في مصنفه و هو قول سعيد بن المسيب و سلميان بن يسار و سالم و حماد و الثوري و اسحاق بن راهوية و احمد بن حنبل و مالك رحمهم الله تعالى في المدونة عن ابن القاسم. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى الزنى لايوجب حرمة المصاهرة) و هو قول ابن عباس في رواية عروة و الزهري و ابي ثور و ابن المنذر، و رواية مالك في الموطا. و قال شهاب الدين القرافي، و هو رواية غير مشهورة عنه، ذكر ذلك في الذخيرة. و ان لاط(٢) برجل لايحرم عليه أمه و لابنته عندنا، و به قال عامة العلماء، و قال عبدالله بن الحسن و الاوزاعي و الثوري و ابن حنبل في رواية تحرم امه و بنته عليه، و قال الحسن بن صالح يكره، و لو مسه بشهوة او قبله لايحرم عليه أمه و لابنته بالاجماع (لانها نعمة فلاتنال بالمحظور) أي لان المصاهرة نعمة فلاتنال بالمحظور الحرام. (و لنا ان الوطئ سبب الجزئية) (أي بين الواطئ و الموطوء، يعني يصيران كشخص واحد (بواسطة الولد) حتى لايحل للزانية أن تتزوج أب الزاني و لا ابنه (حتى يضاف) أي الولد (إلى كل واحد منهما) أي من الزاني و الزانية، حتى يقال ابن فلان و ابن فلانة (كملا) على وجه الكمال اضافة حقيقية و عرفا و هذه علة ثبوت الجزئية بين الواطئ و الموطوءة. فان قيل ماذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد كملا ممنوع، لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه الصلوة و السلام أثبت للزاني الحجر، و جعل كمل الولد منسوباً الى صاحب الفراش بقوله الولد(٣) للفراش و للعاهر الحجر، و اضافة الولد الى كل واحد

---

(١) و هو قول عمر رضي الله عنه الخ راجع لهذا المبحث اوجز المسالك مالايجوز من نكاح الرجل ام امرأته ص٢٧٥ ج٤ و احكام القرآن للجصاص ص١١٣ ج٢ باب مايحرم من النساء و اعلاء السنن ص٢٩ ج١١ باب من زنى بامرأة حرمت عليه امها و بنتها و الجوهر النقي على البيهقي باب الزنا لايحرم الحلال ص١٦٨ ج٧ و فتح القدير ص١٢٦ ج٣ و المغنى ص٤٨٢ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص٢٢١ ج١٦ و عمدة القاري و فتح الباري ص١٩٥ ج٩ باب ما يحرم من النساء و مايحرم. (٢) و ان لاط الخ راجع المغنى ص٤٨٥ ج٧. (٣) الولد للفراش الخ اخرجه البخاري كتاب الفرائض باب الولد للفراش ص٩٩٩ ج٢.

فيصير(١) اصولها و فروعها كاصوله و فروعه و كذلك على العكس. و الاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة و هي الموطوءة و الوطئ محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى.

منهما ليست بطريق الحقيقة، بل بعضه يضاف اليه حقيقة و بعضه مجازاً، و الولد مخلوق من مائهما، فكان البعض متولداً من احدهما و البعض متولدا من الآخر ضرورة، لان الماءين لما اختلطا حصلت المجاورة بينهما، و المجاورة من طريق المجاز يقال جرى النهر و سال الميزاب، فكذا هذا اجيب بان الولد يضاف الى كل منهما، و الاصل ان الاستعمال بطريق الحقيقة لابطريق المجاز، و لان هذا اضافة واحدة بجهة واحدة الى شخص(ا) و قد حملت الحقيقة في البعض فلايجوز حملها على المجاز في البعض الآخر، لان اللفظ الواحد لايطلق على الحقيقة و المجاز في الحالة الواحدة. (فيصير أصولها) و هذه نتيجة قوله حتى يضاف الى كل واحد منهما اي فيصير اصول الموطوءة (و فروعها كاصوله و فروعه) اي كاصول الواطئ و فروعه، و اراد بالاصول آباؤهما، و بالفروع اولادهما في الحل و الحرمة (و كذلك على العكس) أي و كذلك تصير اصوله و فروعه كاصولها و فروعها (و الاستمتاع بالجزء حرام) هذا جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرءة الموطوءة لانها حينئذ جزء الواطئ. فاجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام (الا في موضع الضرورة و هي الموطوءة) لانها لو قيل بحرمتها لما حلت امرأة فيؤدى الى ابطال المقصود من شرع النكاح و هو التوالد و التناسل، فلمعنى الضرورة لم يعتبر ذلك هنا كما حلت حواء لآدم عليهما السلام، و قد خلقت منه حقيقة فحلت له ضرورة و حرمت ابنتها (و الوطئ محرم) بكسر الراء، جواب عن قوله - فلاينال بالمحظور - و تقريره أن يقال ان الوطئ حرام (من حيث انه زنى لا من حيث انه سبب الولد) و في بعض النسخ و الوطئ محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى، و الذي يظهر من كلام الشراح هنا أن هذه النسخة هي الصحيحة، فان الاكمل قال(٢) بيانه أن الوطئ ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته و لا من حيث

(ا) قوله - إلى شخص - أقول و السر فيه أن التولد الماخوذ في الولد مصدر و المصدر جنس، و الجنس يطلق على البعض حقيقة كما يطلق على الكل فلايرد أن الحقيقة لاتتحقق الا من اطلاق اللفظ على مجموع الموضوع له لا على بعضه.

---

(١) فيصير -ن- فتصير. (٢) فان الاكمل قال - في العناية ص١٢٩ ج٣ و راجع الكفاية و الفتح ايضا و لفظ الكفاية ص١٢٧ ج٣ و الزنا من حيث انه سبب الولد ليس بحرام لانه من هذا الوجه سبب البقاء و اسباب البقاء مشروعة و انما من حيث يتضمن آثاراً فاسدة كسفح الماء على سبيل التضييع و افساد الفرش و هو من هذا =>

انه زنى، و انما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة و لا عدوان و لا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لايقال ولد عصيان او عدوان، والشئ اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لاصفة نفسه كالتراب في التيمم. و قال السغناقي(ا) لا عدوان و لاعصيان في المسبب الذي هو الولد، فكذا لا عصيان في السبب الذي قام مقامه من ذلك الوجه و هو الزنى، لان وصف النائب انما يتوجه في وصف المنوب كما في التيمم مع الوضوء. و قال الكاكي معنى ابتناء الحرمة بالوطئ بواسطة انه سبب للماء، و الماء سب للولد، و وجود(ب) الولد هو الاصل في استحقاق باعتبار انه جزء الوالدين و لا عصيان فيه، فكان الوطئ قائما مقام ما لايوصف بذلك و هو الولد فلايوصف بالحرمة كالتراب لما قام مقام الماء نظراً الى كون الماء مطهراً و سقط وصف التراب، انتهى. فان قلت قال الشافعي رحمه الله تعالى النكاح أمر حمدت عليه، و الزناء فعل رجمت عليه، فاني يكون سبباً للنعمة، الاترى انه لايثبت به النسب و لا العدة، فكذا حرمة المصاهرة، لانه لو كان سبباً للنعمة يفضى الى تكثير الزنا و استدل ايضا بقوله عليه الصلوة و السلام الحرام لايحرم الحلال، هكذا رواه ابن عباس(١) رضي الله

(ا) قوله – قال السغناقي – اقول و الانسب فيه أن يقال ان الوطئ الحرام مؤثر في افادة حرمة المصاهرة كالوطئ الحلال، و هذا لان الوطئ لم يكن سببا للحرمة لكونه حلالاً بل لكونه سبباً للجزئية بواسطة الولد، و الحرام يشارك الحلال في سببيته فيشارك في الحرمة، كذا فهم من أصول فخر الاسلام، الخ. (ب) قوله – و وجود الولد – أقول لان المولى يصير بالولد من الامة كشخص واحد و المولى حر فيثبت الاعتاق للأمة، الخ.

=> الوجه ليس بسبب لحرمة المصاهرة و بهذا تبين انه لاتمسك له بقوله عليه الصلوة و السلام الحرام لايحرم الحلال لان الحرمة ما نيطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد و قائم مقامه و لا عصيان و لاعدوان فيه و ما قام مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام مقام الماء نظرا الى كون الماء مطهرا سقط وصف التراب فكذا هذا يهدر وصف الزنا بالحرمة لقيامه مقام مالايوصف بها و هو الولد انتهى. (١) ابن عباس رضي الله عنه روى عنه موقوفا في البيهقي ص١٦٨ ج٧ و اسناده صحيح كذا في فتح الباري ص١٩٤ج٩ اخرج الدارقطني و الطبراني من حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله وسلم سئل عن الرجل... قال لايحرم الحرام الحلال و في اسنادهما عثمان بن عبدالرحمن الوقاص و هو متروك و في كنزل العمال عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا لايفسد حلال بحرام الخ رواه ابن عدى و البيهقي و عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا لايحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان بنكاح حلال رواه العقيلي و البيهقي قال المحدث و المحقق ظفر احمد العثماني رحمه الله في اعلاء السنن ص٣١ ج١١ بعد سرد الروايات المذكورة قلت فهذه الاخبار باطلة عند =>

تعالى عنهما ، و روى ابوهريرة رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلوة و السلام سئل عمن زنى بامرأة ثم تزوج بامها قال لا عليه لايحرم الحرام الحلال. و قالت عائشة رضي الله تعالى عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أتى امرأة فجوراً ثم تزوج بنتها ، فقال عليه الصلوة و السلام لايحرم الحرام الحلال. قلت(١) أجيب بان عدم ثبوت النسب به لكون المقصود من

(١) قوله - قلت ..... الخ - اقول و يظهر من هذا سقوط ما قال القسطلاني في ارشاد الساري في شرح صحيح البخاري، قال عكرمة عن ابن عباس فيما وصله البيهقي، اذا زنى بها أي بأم امرأته لاتحرم عليه امرأته، لان الحرام لايحرم الحلال، و كذا لايحرم عليه بنت من زنى بها ، و لو كانت من مائه اذ لا حرمة لماء الزنى، فهي أجنبية عنه شرعاً بدليل انتفاء سائر احكام النسب عنها سواء طاوعته امها على الزنى، أم لا ، و لو أرضعت المرأة بلبن الزاني صغيرة فكبنته قاله المتولى، أما المرأة فيحرم عليها و على سائر محارمها نكاح ابنتها من الزنى لعموم الآية و لثبوت النسب و الارث بينهما ، و الفرق ان الابن كعضو فيها و انفصل منها انساناً لا كذلك النطفة التي خلقت منها البنت، نعم يكره نكاح المخلوقة من زناه خروجاً من خلاف من حرمها عليه. قال المروادي من الحنابلة و تحرم بناته من حلال و حرام او شبهة، انتهى كلامه، و فيه ايضا ان نكاح الواطئ كما يجوز من بنت الموطوءة يجوز نكاح المؤطوئة من ابنها ، و الفرق بان الابن كعضو منها و لا كذلك النطفة خلقت منها البنت تحكم، لان جزئية المولود مشتركة بين الواطئ و الموطوءة، و استقرار النطفة في رحم الموطوءة لايستلزم ان يكون جزئية المولود زائدة في الموطوءة، لان الاصل هو العلة الفاعلية دون المادة المنفعلة، و الاختلاف من هيئة الى هيئة إلى أن يحصل له صورة انسانية اختلاف من حيث التشكل دون المادة الاصلية.

=> اهل المعرفة و رواتها غير مرضيين قال الجصاص في احكام القرآن ص١١٥ ج٢ و من دلائل الحنفية ما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت اختصم سعد بن ابي وقاص و عبد بن زمعة في غلام فقال سعد هذا يارسول الله ابن اخى عتبة بن ابى وقاص عهد الي انه ابنه انظرالى شبهه و قال عبد بن زمعة هذا اخي يارسول الله ولد على فراش ابى من وليدته فنظر رسول الله صلي الله عليه وسلم الى شبهه فراى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد الولد للفراش و للعاهر الحجر و احتجبي منه يا سودة بنت زمعة قالت فلم ير سودة قط رواه مسلم ص٤٧٠ ج٢ قال الخطابي في المعالم هو مذهب اصحاب الرأى و الاوزاعي و احمد و في قوله عليه الصلوة و السلام و احتجبي منه يا سودة حجة لهم لانه لما راى الشبه بعتبة علم انه من مائه فاجراه في التحريم مجرى النسب و امرها بالاحتجاب منه و ما روى عن ابن هانئ (و الصحيح ابى هانئ) الخولاني قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نظر الى فرج امرأة لم يحل له امها و لابنتها رواه ابن ابى شيبة ص٣١٥ ج٩ و قد حقق الشيخ العثماني رحمه الله ان سنده حسن لكنه مرسل و هو حجة عندنا و عند الجمهور من السلف و راجع للآثار الاخرى المؤيدة اعلاء السنن ص٣٢ ج١١ و ابن ابى شيبة و عبد الرزاق و عمدة القاري و فتح الباري.

و من مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها و ابنتها، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتحرم و على هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها و نظرها الى ذكره عن شهوة

النسب الشرف به، و لا يحصل ذلك بالنسب الى الزاني و عدم وجوب العدة لكون وجوبها في الاصل باعتبار حق النكاح و الفراش، و بين النكاح و السفاح منافاة، فبانعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة، و استدلاله بالحديث لايصح لانا لانجعل الحرام محرماً للحلال، و انما يثبت الحرمة باعتبار أن الفعل حرث للولد، و حرمة هذا الفعل لكونه زنى، مع أن هذا الحديث غير مجرى على ظاهره، فان كثيراً(١) من الحرام يحرم الحلال، كما اذا وقعت قطرة من خمر في الماء، و كالوطئ بالشبهة، و وطئ الأمة المشتركة، و وطئ الأب جارية الابن، هذا كله حرام حرم الحلال. و في حديثهم الاول عثمان بن عبدالرحمان الوقاصي قال يحي بن معين كان يكذب. و قال البخاري و ابوداود و النسائى ليس بشيء، و قال الدارقطنى متروك و قال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات لايجوز الاحتجاج به. و اما الحديث الآخر فضعيف، فقال احمد حديثهم من كلام ابن اشوع بعض قضاة العراق، و قيل من قول ابن عباس رضي الله عنه و كبار أصحابه خالفوه في ذلك. (و من مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها و ابنتها) و في جمع التفاريق سواء(ا) كان ذلك المس عمداً او خطأ او ناسياً او طائعاً او مكرهاً، اذا اشتهى. و في القنية لو قال لم اشته لم يصدق. و قال الكاكي سواء كان اللمس حلالاً او حراماً، و به قال اشافعي في قول و مالك في الحلال، فانه ذكر في المبسوط لو قبل امته بشهوة لايتزوج بنتها، و كذا لو قبل امرأته بشهوة ثم ماتت قبل الوطئ لايتزوج بنتها. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتحرم) في قول و به قال احمد سواء كان في الحلال او الحرام (و على هذا الخلاف) اي الخلاف المذكور بيننا و بين الشافعي (مسه امرأة بشهوة) أي مس الرجل امرأة بشهوة (و نظره الى فرجها و نظرها الى ذكره عن شهوة) و كذا الخلاف في التقبيل و المفاخذة و قال ابوالليث رحمه الله تعالى في تاويل المسألة انه اذا صدق الرجل المرأة انها مسته بشهوة، و لو كذبها و لم يقع في اكبر رأيه انها فعلت عن شهوة ينبغى انه لاتحرم عليها أمها و بنتها، كذا في جامع قاضي خان و المحبوبي. و في المجتبى

(ا) قوله – سواء كان – اقول في التبيين وجود الشهوة من أحدهما يكفي، و لو رأى فرجها من وراء الزجاج تثبت الحرمة، و لو رآه في المرآة لاتثبت، و لو مسها بحيث قد وصلت حرارة البدن الى يده تثبت الحرمة و الا فلا، و لافرق بين أن يكون المس عمداً او خطأ او ناسياً او مكرهاً و شرطه أن لاينزل، فلو أنزل عند المس و النظر لم تثبت به حرمته، لانه ليس مفضياً الى الوطئ لانقضاء الشهوة، انتهى.

---

(١) فان كثيراً الخ كذا في الفتح ص١٢٨ ج٣.

له إن المس و النظر ليسا في معنى الدخول، و لهذا لايتعلق بهما فساد الصوم و الاحرام و وجوب الاغتسال فلايلحقان به. و لنا ان المس و النظر سبب داع الى الوطئ فيقام مقامه

تثبت حرمة المصاهرة بمسها اذا كانت مشتهاة و هي بنت تسع(١) سنين فصاعداً، و لاتثبت في بنت الخمس، و فيما بين الخمس و التسع قال ابوالليث تكلموا في الثمان و السبع و الست. و الغالب أنها لاتشتهى ما لم تبلغ تسع سنين، و قال الشهيد في كتاب النفقات و عليه الفتوى. (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (ان المس و النظر ليسا في معنى الدخول، و لهذا) أي لكونهما ليسا في معنى الدخول (لايتعلق بهما) أي بالمس و النظر، (فساد الصوم و الاحرام و وجوب الاغتسال فلايلحقان به) أي فلايلحق المس و النظر بالدخول، لان الملحق لابد ان يكون في معنى الملحق به. (و لنا ان المس و النظر سبب داع الى الوطئ فيقام) أي السبب الداعي الى الوطئ (مقامه) أي مقام الوطئ في موضع الاحتياط، و هذا لانا(٢) وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع، الا ترى انه أقام بشبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث و منع وضع الزكاة و منع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعي مقام المدعو، احتياطاً و فساد الصوم و الاحرام و وجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطئ، و نوقض بأن ما ذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطئ في ثبوت الحرمة لكونه سبباً داعياً اليه. اجيب بان النظر الى الفرج المحرم و هو ما يكون نظراً الى داخل الفرج بان كانت متكئة و هو لايحل الا في الملك و الظاهر من ذلك انها لاتكون على هذه الحالة في خلوة عن الاجانب قال الاكمل فانظر بعد هذا في ان النظر الى الجمال في الحلال في الملك وغيره خلاء و ملاء هل يكون داعياً الى الوطئ دعوة النظر اليه اولا لا اراك قائلا بذالك الا مكذباً انتهى. قال الكاكي هنا و لنا حديث ابى هانئ(٣) رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من نظر الى فرج امرأة حرمت عليه أمها و ابنتها. و في حديث ملعون(٤) من نظر الى فرج امرأة و ابنتها، و عن عمر(٥) رضي الله تعالى عنه انه جرد جارية له و نظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه، فقال انها لاتحل

---

(١) تسع سنين راجع فتح القدير ص١٢٩ ج٣. (٢) و هذا لانا الخ كذا في العناية ص١٣٠ ج٣. (٣) حديث ابى هانئ اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه ص١٦٥ ج٤/٢ و اسناده حسن لكنه مرسل كما مر في الحاشية قريبا عن اعلاء السنن ص٣٢ ج١١. (٤) ملعون الخ رواه الجوزجاني باسناده عن وهب بن منبه كذا في اعلاء السنن ص٣٥ ج١١. (٥) و عن عمر رضي الله عنه اخرجه ابن ابى شيبة عنوان في الرجل يجرد المرأة الخ ص١٦٣ ج٢/٤.

في موضع الاحتياط ثم ان المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشاراً هو الصحيح

لك. و عن ابن عمر(١) رضي الله تعالى عنه انه قال اذا جامع الرجل المرأة او قبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه و ابنه و حرمت عليه أمها و ابنتها، انتهى. قلت حديث ابى هانئ اخرجه ابن ابى شيبة في مصنفه. و قوله في الحديث ملعون الى آخره خرجه الجوزجاني، و عن ابراهيم كانوا يقولون اذا اطلع الرجل من المرأة على ما لايحل له او لمسها بشهوة فقد حرمتا عليه جميعاً، و عن عطاء و ابراهيم و الحكم و الحماد بن ابي سليمان و مجاهد و جابر بن زيد و ابن المسيب مثله، و عن ابن منبه قال في التوراة التى انزل الله على موسى عليه السلام انه لايكشف رجل فرج امرأة و ابنتها الا و هو ملعون، ذكر ذلك كله ابن ابي شيبة في مصنفه(٢) (ثم ان المس بشهودة أن تنتشر الآلة) هذا تعريف المس بشهوة و هو أن تنتشر الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر و المس (او تزداد انتشاراً) اذا كانت منتشرة قبل ذلك (هو الصحيح) احترز به عن قول كثير من المشايخ بحيث لم يشترطوا انتشاراً، و جعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه اليها و يشتهى جماعها، و اختار المصنف قول شمس الائمة السرخسي و قول شيخ الاسلام و في المحيط، و الاصح قول كثير من المشايخ المذكور، و إن(ا) كان شيخاً او عنيناً فحد الشهوة فيه أن يتحرك قلبه بالاشتهاء، ان لم يكن متحركاً و لايعتبر مجرد الاشتهاء هكذا ذكره السرخسي رحمه الله تعالى و حكى عن محمد بن ابراهيم الميداني انه كان يميل الى هذا. و في الذخيرة لاتثبت هذه الحرمة بالنظر الى سائر الاعضاء غير الفرج، و ان كان عن شهوة، و قال الصغار ان كان لايشتهي بقلبه لعلو سنه، فان مس مقدار ما لو كان شاباً تنتشر آلته تثبت الحرمة. و كان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لايعتبر تحرك القلب، و انما يعتبر(ب) تحرك الآلة، و

(ا) قوله - و ان كان... الخ - أقول هذا جواب سؤال مقدر، و هو أن تعريف المس كما ذكره لايوجد في الشيخ و العنين، فكيف حالهما. فاجاب أن حد الشهوة فيه اذا كان عنينا او شيخاً ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركاً، لان تحرك القلب في حكم انتشار الآلة في حقهم فالمراد بانتشار الآلة هو الأعم، أي أعم من أن يكون حقيقة أو حكماً. فان قيل ان التحرك في القلب قد يقع عن الاضطراب الذي ينشئ عن رؤيته غرابة الجمال مع انه لايشتهي قلبه اليها من حيث الوطئ. قلنا ان هذا النوع من التحرك قليل فلاعبرة له على أن الاحتياط يقضى بعموم الحكم. (ب) قوله - و انما يعتبر - اقول و كيف لا، فان دعوة الشيء الى الشيء فرع قطع الموانع و الشيخ و العنين عن الشيخوخة و العنة لايصلحان لذلك.

(١) و عن ابن عمر رضي الله عنه الخ كذا في فتح القدير ص١٣١ ج٣ لكنى لم اجد ماخذه. (٢) ابن ابى شيبة ص١٦٣ الى ١٦٨ ج٢/٤

و المعتبر النظر الى الفرج الداخل، و لايتحقق ذلك الا عند اتكائها ، و لو مس فانزل فقد

كان لايفتى بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير و العنين الذي ماتت شهوته حتى تتحرك آلته بالملامسة، و روى ابن رستم عن محمد رحمه الله انه اذا لمسها بشهوة فلم ينتشر عضوه او كان منتشراً فلم يزدد انتشاراً حتى تركها ثم ازداد انتشاره بعد ذالك لم يثبت به حرمة المصاهرة و انما تثبت الحرمة اذا انتشر بالمس و هو بعد لامسها او يزداد انتشاراً و هو لامسها بعد، و ان كان بينهما ثوب رقيق يجد حرارة الملموس في يده تثبت الحرمة. و في طلاق المنتقى للحسن بن زياد عن ابي يوسف رحمه الله اذا لمس شيئا من جسد أم امرأته من فوق الثياب عن شهوة و هو يجد من جسدها حرارة حرمت عليه امرأته، و كذا مس رجلها فوق الكعب او مس ساق الخف و اسفل الخف. و روى ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى ان النظر الى دبر المرأة موضع الجماع، مثل النظر الى فرج المرأة ثم رجع، و قال لايحرم الا النظر الى الفرج من داخل، و مثله عن ابي يوسف رحمه الله. و تقبل الشهادة على اقراره بالمس و التقبيل بشهوة، و هل يقبل على ذلك بغير اقراره، قيل لايقبل، و اليه مال محمد بن الفضل لانه لايوقف على ذلك، و قيل يقبل و اليه مال على البزدوي. و في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رجل نظر الى بنته من غير شهوة فتمنى أن يكون جارية مثلها فوقعت له شهوة مع وقوع نظره، فان كانت الشهوة على ابنته حرمت عليه امرأته، و ان كانت على ما تمنى لم تحرم. و في واقعات الناطفى و المحيط أقام امرأته عن فراشه ليجامعها و معها ابنته فوصلت يده اليها فقرصها باصبعه يظن انها امرأته و هي تشتهى، حرمت عليه امرأته، و ان كان يحسبها امرأته، لانه مسها بشهوة، و لايشترط بلوغها ، و يشترط أن تكون مشتهاة. و عن محمد بن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل، و بنت خمس فمادونها غير مشتهاة و بنت ثمان و سبع و ست أن كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة و الا فلا، و في الينابيع لو جامع ابنة امرأته فافضاها و افسدها لاتحرم عليه أمها. و قال ابويوسف اكره له الأم و البنت. و في المحيط تحرم عليه أمها ، و قال محمد التنزه احب اليّ، و لا فرق بينهما ، و لو وطئ جارية ابنته من الزنى فولدت منه لاتصير أم ولد له بالاتفاق، و سئل ابن سلمة عن امرأة ادخلت ذكر صبي في فرجها و هو ليس من اهل الجماع قال تثبت به حرمة المصاهرة. (و المعتبر النظر في الفرج الداخل و لايتحقق ذلك) اي النظر إلى داخل الفرج (الا عند اتكائها) اي الا اذا(١) كانت متكئة، أما اذا كانت قاعدة مستوية او قائمة، و نظر اليه لاتثبت حرمة المصاهرة لان

---

(١) قوله – الا اذا كانت متكئة – أقول لان النظر لايتعدى الى الفرج الداخل ألا في هذه الحالة.

قيل انه يوجب الحرمة و الصحيح انه لايوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطئ، و على هذا اتيان المرأة في الدبر.

هذا الحكم(ا) متعلق بالفرج، و الداخل فرج من كل وجه، و الخارج فرج من جهة دون وجه لان الاحتراز(ب) من النظر الى الفرج الخارج متعذر، فسقط اعتباره. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لو نظر الى منبت الشعر يثبت حرمة المصاهرة. و قال محمد رحمه الله تعالى لايثبت حتى ينظر الى الشعر ذكره قاضي خان. (و لو مس فانزل فقد قيل انه يوجب حرمة المصاهرة) و به كان يفتي شمس الاسلام الاوزجندي، و وجهه أن مجرد المس بشهود يثبت الحرمة، و هذه ان كانت(ج) لاتوجب زيادة حرمة لاتوجب خلافها (و الصحيح انه لايوجبها) هذا اختيار المصنف و هو اختيار شمس الائمة السرخسي و الامام فخر الاسلام. (لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطئ، و على هذا) اي على هذا الخلاف (اتيان المرأة من الدبر) أي من دبر المرأة، اما لو لاط بغلام لايوجب ذلك حرمة عند عامة العلماء، و قد ذكرناه فيما مضى. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لو أتى امرأته بنكاح صحيح او فاسد في دبرها او أمته في دبرها هل تثبت به حرمة المصاهرة فيه قولان، ثم الاتيان في دبر المرأة حرام باجماع الفقهاء(١). و ما روى عن ابن عبد الحكم عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه قال لم يصح تحريمه عندنا عن النبي صلى الله عليه وسلم و القياس أنه حلال، فقال ابن الربيع كذب ابن عبد الحكم، فان الشافعي رحمه الله تعالى نص على تحريمه، و قال شيخنا في شرح الترمذي له قد انعقد الاجماع آخراً على تحريم اتيان المرأة في الدبر، و ان كان فيه خلاف قديم قد انقطع، و كل من روى عنه اباحته فقد روى عنه انكاره،

(ا) قوله هذا الحكم اقول فان قيل قوله عليه السلام من نظر الى فرج امرأة حرمت عليه امها و بنتها مطلق فالتقييد بالداخل لايخلو عن شائبة النسخ قلنا المراد بالفرج ما هو فرج من كل وجه و المتبادر منه كذالك و اما الخارج فمن وجه دون وجه و فيه ان الاحتياط ان يعتبر النظر اليه مطلقا و جوابه ان الشبهة ان كانت تعتبر في موضع الاحتياط فالنازل عنها غير معتبر و في النظر الى الفرج من وجه شبهة فلايعتبر. (ب) قوله - لان الاحتراز - أقول هذا جواب ثان عن الاشكال الذي قد ذكرناه فيما سبق، و تقرير الجواب ان الاحتراز من النظر متعذر، فسقط اعتباره عن عهدة التكليف، و الا يلزم عموم البلوى، الخ. (ج) قوله - ان كانت - أقول لان الانزال يؤكد معنى الوطئ فيورث زيادة الحرمة.

---

(١) باجماع الفقهاء راجع لهذا المبحث عمدة القاري كتاب التفسير باب نساؤكم حرث لكم الآية ص١١٦ ج١٨ و فتح الباري باب هذا ص٢٤٠ ج٨ و السنن الكبرى للنسائي كتاب عشرة النساء عنوان تاويل قول الله تعالى نساؤكم حرث لكم ص٣١٤ ج٥ و احكام القرآن للجصاص ص٣٥٣ ج١.

و اذا طلق امرأته طلاقاً بائناً او رجعياً لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها. و قال الشافعي رحمه الله تعالى ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالاً للقاطع، و لهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد.

فاما القائلون بتحريمه من الصحابة، فعلي بن ابي طالب و ابن عباس و ابوهريرة و ابو الدرداء و ابن مسعود رضي الله عنهم و من التابعين سعيد بن جبير و مجاهد و و عكرمة و ابراهيم النخعي و سعيد بن المسيب و طاووس، و هو قول ابي حنيفة و ابي يوسف و محمد و سفيان الثوري والشافعي رحمهم الله تعالى و آخرين من أهل العلم. قال الشيخ و لم يختلف فيه أحد من الصحابة الا ابن عمر رضي الله عنه و لا من التابعين الا نافع، و أما ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فروى النسائي في سننه الكبرى(١) من طريق مالك قال اشهد على ربيعة حدثني عن سعيد بن يسار انه سأل ابن عمر عن ذلك، فقال لابأس به، و قد صح عن ابن عمر أيضا انكار ذلك فيما رواه النسائي في سننه الكبرى من طريق مالك، قال اشهد من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال قلت لابن عمر انا نشتري الجواري فنحمض لهن، قال و ما التحميض، قال نأتيهن في أدبارهن، قال ابن عمر او يعمل هذا مسلم؟ و روى الثعلبي في تفسيره من رواية عطاف بن موسى عن عبدالله بن الحسن عن ابيه انه حكى عن مالك اباحة ذلك، و أنكره اصحابه. (و اذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعياً لم يجز له أن يتزج باختها حتى تنقضي عدتها) و كذا لايتزوج باربع سواها و لا بعمتها و لا بخالتها و لا ببنت اختها، و كذا الفسخ بعد الدخول بها حتى تنقضي عدتها يروي ذلك عن علي(٢) و ابن مسعود و ابن عباس و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم و به قال سعيد بن المسيب و عبيدة السلماني و مجاهد و النخعي و الثوري و ابن حنبل ذكر ذلك في المغني(٣) (و قال الشافعي رحمه الله تعالى ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز) و به قال مالك و ابن ابي ليلى و ابو ثور و ابن عبيد و ابن المنذر، و يروى عن القاسم بن محمد و عروة رحمهم الله تعالى (لانقطاع النكاح بالكلية اعمالاً(ا) للقاطع) و هو الطلاق البائن او الثلاث (و لهذا) اي لاجل انقطاع النكاح بالكلية (لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد) و لو جاءت بولد لاكثر من سنتين لم يثبت

(ا) قوله – اعمالاً للقاطع – فان القاطع اذا وجد يجب أن يتحقق أثره، الخ.

---

(١) الكبرى ص٣١٥ ج٥. (٢) يروى ذالك عن علي رضي الله عنه الخ راجع اعلاء السنن ص٣٦ ج١١ و احكام القرآن للجصاص ص١٣٢ ج٢. (٣) المغنى و الشرح الكبير ص٤٩٩ ج٧.

و لنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء(١) أحكامه كالنفقة و المنع و الفراش و القاطع تأخر عمله، و لهذا بقي القيد. و الحد لايجب على اشارة كتاب الطلاق،

النسب، و لو بقيت بينهما علقة النكاح لسقط به الحد، و يثبت النسب، و انما العدة واجبة لانه من محرم لا لانها من حقوق النكاح حتى لايجب بدون توهم الدخول، و ما كان من العدة حق النكاح لايعتبر توهم الدخول كعدة الوفاة، كذا في المبسوط (و لنا ان نكاح الاولى) أى المرأة الاولى، و في بعض النسخ النكاح الاول (قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة و المنع) عن الخروج من البيت (و الفراش) أي و كبقاء الفراش و هو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب منه (و القاطع) و هو الطلاق، و هو جواب عن قول الشافعي رحمه الله يجوز لانقطاع النكاح بالكلية (تاخر عمله) الى زمان انقطاع العدة لبقاء حكم النكاح، فلو لم يكن قائماً حال العدة تخلف(ا) الحكم عن علته و هو باطل (و لهذا) اي و لبقاء احكام النكاح (بقي القيد) أى في حق التزوج بزوج آخر، و في حق الخروج و البروز في العدة (و الحد لايجب) هذا جواب عن قوله، و لهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد. اي و الحد(ب) لايجب (على اشارة كتاب الطلاق)(ج) معنى اشارته ما ذكر في باب ثبوت النسب، أى المبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين، او لتمام سنتين من بعد الطلاق فادعاء المطلق يثبت نسبه منه، فدل على أن هذه شبهة في المحل، و الشبهة اذا كانت في المحل يستوى فيه العلم و الظن في سقوط الحد عنه، بخلاف الشبهة في الفعل، فان النسب

(ا) قوله – تخلف الحكم – اقول لان النفقة و المنع عن الخروج و الفراش وغيرها ليست الا من احكام النكاح، و النكاح علة مؤثرة لهذه الاحكام، فلو وجدت بدون بقائه يلزم تخلف الحكم عن العلة، فان قيل يجوز أن يكون العلة عامة كما ان الملزوم علة للازمه و قد يكون اللازم المعلول عاماً. قلنا ان الاحكام المذكورة من خصائص النكاح فكيف يتصور العموم. (ب) قوله – و الحد .... الخ – حاصله أن ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى يجاب عنه، أما اولا فبأنا لانسلم وجوب الحد، كما هو مقتضى اشارة كتاب الطلاق من المبسوط. و أما ثانياً فبأنا سلمنا ذلك كما هو مقتضى صريح كتاب الحد عن المبسوط، لكن نقول ان هذا الامر أعنى حل الوطئ غير باق، لكن بقي آثار أخر كما ذكرنا، فالنكاح باق من وجه و غير باق من آخر، فلما بقي النكاح من وجه كان الشخص جامعاً بين الأختين في النكاح، و لايجوز الجمع بين الاختين في النكاح و لو كان ذلك نكاحا في الجملة، الخ. (ج) قوله – على اشارة كتاب الطلاق – و هو قوله اذا كان الطلاق بائنا فله ان يتزوجها في العدة و بعد انقضائها لان حل المحلية باق، فقوله – حل المحلية باق – اشارة الى عدم وجوب الحد، كذا في بعض الحاشية، و فيه نظر، لان حل المحلية لاينافي وجوب الحد لوجوده في سائر الاجنبيات، مع ان الحد يجب بوطئها الخ.

---

(١) لبقاء احكامه – ن – لبقاء بعض احكامه.

و على عبارة كتاب الحدود يجب، لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنى و لم يرتفع في حق ماذكرنا فيصير جامعاً و لايتزوج المولى أمته و لا المرأة عبدها لان النكاح ماشرع الا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين

لايثبت بها أصلا، كما لو وطئ جارية أبيه او امه او زوجته، و قال ظننت أنها تحل لي (و على عبارة كتاب الحدود يجب) أي الحد (لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنى) لوقوع الوطئ في غير الملك فيجب الحد (و لم يرتفع) أى الملك (في حق ما ذكرنا) يعني من النفقة، و المنع و الفراش و ليس هذا الا باعتبار الحكم بقيامه و النكاح في حق التزوج بالاخت احتياطاً في التغادى عن الجمع بين الاختين و هو معنى قوله (فيصير جامعاً) يعني اذا كان الملك قد زال في حق الحل، و تزوج أختها يصير جامعاً بين الاختين. فان قلت ما معنى ذكر لفظ الاشارة في عدم وجوب الحد، و لفظ العبارة في وجوب الحد، قلت لان في المسألة الاولى ذكرناها صورته ادعى نسبه و ثبت ففيه اشارة الى ان الوطئ في عدة الثلاث لايكون زناً، فلايجب الحد. و في المسألة الثانية يفهم وجوب الحد من نفس العبارة، لانه وطئ في غير الملك، فصار زنا، و موجب الزنا الحد. (و لايتزوج المولى أمته) سواء ملك كلها او بعضها (و لا المرأة عبدها) أي و لا تتزوج المرأة عبدها، سواء ملكت كله او بعضه، و بهذا قالت الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و عليه الاجماع، و قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على بطلان نكاح المرأة عبدها، انتهى. و نفاة(١) القياس جوزوا ذلك، و استدلوا بقوله تعالى فانكحوا(ا) ما طاب لكم من النساء و قوله تعالى مما ملكت(ب) ايمانكم من فتياتكم المؤمنات و الجواب أن الآية المذكورة تعارضها قوله تعالى و انكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم و إمائكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الايامى لا بنكاحهن، فان قيل الآية ساكتة عن نكاحهن، و الساكت ليس بحجة، فالجواب أن الموضع موضع بيان ما يحتجن اليه من أمر النكاح، و السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان. (لان النكاح ما شرع الا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين) ثمرته للزوجة وجوب المهر و الكسوة و النفقة و وجوب الوطئ عليه حكماً و مابعدها ديانة حتى لايحل له العزل بغير رضاها، و لها الخيار بالجب و العنة، و ثمرته للزوج التمكين من نفسها، و قرارها في بيته، و أعمال داخل

(ا) قوله – فانكحوا الخ – اقول فان لفظ ما عام، و العام يستغرق الافراد. (ب) قوله – مما ملكت ... الخ – اقول مثله كمثل الاول، لان لفظ ما في – ما ملكت – عام، و العام حكمه في جميع الافراد على السواء بالقطعية الخ.

---

(١) و نفاة القياس الخ كذا في العناية ص١٣٤ ج٣.

و المملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة و يجوز تزوج الكتابيات لقوله

البيت من الطبخ و غسل ثيبابها و تربية ولده منها و ارضاعها، فكان كل واحدة منهما مالكاً و مملوكاً، و بينهما منافاة، اشار اليه بقوله (و المملوكية تنافي(ا) المالكية) لان المالكية تقتضى القاهرية، و المملوكية تقتضي المقهورية، و لا خفاء في التنافي بينهما، فان كان كذلك (فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة) لان ملك احدهما صاحبه ينفى وقوع الثمرة على الاشتراك، و اذا انقطعت الشركة ينقطع الملك لان الملك ما يثبت لعينه في باب النكاح، و انما يثبت لتحقق الثمرات. فان قيل(١) المالكية و المملوكية من جهتين مختلفتين فلاتنافي حينئذ. فالجواب منع اختلاف الجهة، لان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد، فلم تختلف، و لقائل أن يقول المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه، و ليست مالكة لمنافع بضعه فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها، لان النكاح عقد على ملك منافع البضع و هو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكاً و لا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة، بل من حيث اجزائها، فاختلفت الجهة و انتفى التنافي والجواب انا لانسلم انها لاتملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافه بالاخصاء و الجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا و مالكا فاتحدت الجهة و تحقق التنافي(٢) (و يجوز تزوج الكتابيات) جمع كتابية، و الذكر كتابي و هو الذي يؤمن بنبي و يقر بكتاب، و لا خلاف للائمة الاربعة(٣) في جواز نكاح الكتابية الحرة، و هي النصرانية و اليهودية، و ممن آمن بزبور داود، و صحف ابراهيم و شيث عليهم السلام، و السامرة من اليهود اختلفوا فيه، و لكن قال الشافعي رحمه الله تعالى ينبغي أن تكون اسرائيلية، يعني من اولاد اسرائيل، و هو يعقوب عليه الصلوة و السلام و أما المتمسك بكتب الانبياء السالفة، صحف ابراهيم و موسى و ادريس لايجوز نكاحهم، كذا في شرح الوجيز(٤) و ممن روي عنهم جواز حرائر

(ا) قوله - تنافي ... الخ - يشكل بأنه لو كانت المملوكية تنافي المالكية لم يصح نكاح المملوك أصلاً، اذ النكاح لايخلو عن مالكية احد المتناكحين صاحبه، الا ان يجاب بان القياس أن لايصح نكاحه مطلقاً، لكنا جوزناه لمساس الحاجة الخ.

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢) و فيه بحث راجع الحاشية للسعدى جلبي ص١٣٤ ج٣ على العناية. (٣) الائمة الاربعة رحمهم الله راجع احكام القرآن للجصاص ص٣٢٤ ج٢ باب تزويج الكتابيات و اوجز المسالك عنوان النهى عن نكاح اماء اهل الكتاب ص٢٩٦ ج٤ و اعلاء السنن باب جواز نكاح المسلم نساء اهل الكتاب ص٣٩ ج١١ و تكملة شرح المهذب ص٢٣٢ ج١٦ و المغنى ص٥٠٠ ج٧ و عمدة القاري باب قول الله تعالى و لاتنكحوا المشركات الاية ص٢٦٩ ج٢٠ و فتح الباري الباب المذكور ص٥٢٠ ج٩. (٤) شرح الوجيز =>

تعالى و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب أي العفائف و لا فرق بين الكتابية الحرة و الأمة على مانبين إن شاء الله تعالى

اهل الكتاب عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان و حذيفة و سلمان و جابر وغيرهم رضي الله تعالى عنهم و يروى عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان لايجوز نكاح الكتابية، و قالت الامامية لايجوز نكاح الكتابية الا عند عدم المسلمة لاختلاف العلماء في كونهم مشركين، قال الله تعالى و لا تنكحوا(ا) المشركات حتى يؤمن أي حتى يسلمن من اهل الكتاب. و اختلف اهل العلم أن لفظ المشرك يتناول اهل الكتاب، فقال بعضهم يتناول لقوله تعالى قالت اليهود عزير ابن الله و قالت النصارى المسيح ابن الله ثم قال في آخر الآية سبحانه عما يشركون و الاصح ان اسم المشرك مطلقاً لايتناول اهل الكتاب لقوله تعالى و لتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم و من الذين اشركوا اذى كثيرا و قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب و المشركين و العطف يقتضى المغايرة، و المطلق ينصرف الى الكامل. (لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب) أي الكتابيات من احصنت اذا عفت، و احصنها زوجها اذا اعفها فهي محصنة بالفتح (أي العفائف) فسر المصنف المحصنات بالعفائف، و كذا فسر السدى و الشعبي، قال الاكمل فسره بذلك احترازاً عن قول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، فانه فسرها بالمسلمات، و ليست العفة شرطاً لجواز النكاح، و انما ذكرها بناء على العادة بدلالة العرف، وجه الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات و طعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم و طعامكم حل لهم، و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي و احل لكم المحصنات من الذين اوتوا الكتاب فلا خفاء فيّ دلالته على الحل، و العفائف جمع عفيفة من عف عن الحرام يعف عفاً و عفة، اي كف فهو عف و عفيف، و المرأة عفة و عفيفة. (و لا فرق بين الكتابية و الحرة و الأمة على ما نبين ان شاء الله تعالى) يعني بعد اسطر، حيث قال و يجوز تزويج الامة. و قال الكاكي الاولى ان لايتزوج الكتابية، و لا تؤكل ذبيحتهم الا للضرورة، لما روى ان عمر رضي الله تعالى عنه غضب على حذيفة و كعب و طلحة غضباً شديداً، فقالوا انطلق يا أمير المؤمنين و لاتغضب،

(ا) قوله – و لاتنكحوا المشركات – قال البيضاوي حتى أي و لا تتزوجوهن، و قرئ بالضم، أي و لاتزوجوهن من المسلمين، و المشركات تعم الكتابيات لان اهل الكتاب مشركون، لقوله تعالى (و قالت اليهود عزير ابن الله و قالت النصارى المسيح ابن الله) الى قوله (سبحانه عما يشركون) لكنها خصت عنها بقوله (و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب) انتهى.

=> اقول و كذا في تكملة شرح المهذب ص٢٣٢ ج١٦ مفصلا.

و لايجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلوة و السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم و لا آكلي ذبائحهم.

و كان حذيفة بن اليمان تزوج يهودية، و كذا كعب بن مالك و طلحة بن عبدالله. (و لايجوز تزويج المجوسيات) اي باجماع الائمة الاربعة(١) و فقهاء الامصار و الصحابة رضي الله عنهم و هي جمع مجوسية، و الذكر مجوسي، و المجوس يعبدون النار. و في المبسوط لايجوز نكاحها، لانها ليست من اهل الكتاب، و ذكر اسحاق في تفسيره جواز نكاحها على ما روي عنه ان المجوس من اهل الكتاب، و به قال داود الظاهري و اباح وطئهن بملك اليمين سعيد بن جبير و سعيد بن المسيب و عطاء و عمرو بن دينار و مالك و قال السروجي و اباح ابوثور و داود الظاهري نكاح المجوسية، و روى ذلك عن حذيفة و قال مرة الهمداني و الحسن و ابراهيم و حماد لايطأ المجوسية حتى تسلم. و به قال الشافعي و احمد، قال ابوعمر بن عبد البر عليه جماعة فقهاء الامصار، و لم يبلغنا اباحة ذلك الا عن طاووس، قلت قد ذكرنا اباحة ذلك عن غير طاووس، و قال السروجي لايجوز انكحة عبدة الشمس و الكواكب، و كل من لا كتاب له و لا نكاح الزنادقة و المعطلة (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم و لا آكلي ذبائحهم) هذا الحديث(٢) بهذا اللفظ غريب، و قال الاكمل رواه عبد الرحمن بن عوف، قلت ليست روايته هكذا، و نذكر حديثه الآن كما ورد، روى عبدالرزاق(٣) و ابن ابي شيبة في مصنفيهما عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد عن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه و من لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم و لا آكلي ذبائحهم. و قال ابن القطان هذا مرسل، و مع ارساله ففيه قيس بن مسلم و هو ابن الربيع، و قد اختلف فيه و هو ممن ساء حفظه بالقضاء كشريك و ابن ابي ليلى. و روى البزار في مسنده و الدارقطني(٤) في

---

(١) الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى راجع تكملة شرح المهذب ص٢٣٥ ج١٦ و المغنى ص٥٠٠ الى ص٥٠٧ ج٧ و في تكملة شرح المهذب ص٢٣٣ ج١٦ و جملة ذالك ان المشركين على ثلاثة اضرب ضرب لهم كتاب و ضرب لا كتاب لهم و لاشبهة. و ضرب لهم شبهة كتاب فاما الضرب الذين لهم كتاب فاليهود و النصارى و اما من لا كتاب لهم و لاشبهة كتاب فهم عبدة الاوثان اما من لهم شبهة كتاب و هم المجوس الخ و بين احكامهم بالبسط و الدلائل راجع ان شئت. (٢) هذا الحديث الخ راجع نصب الراية ص١٧٠ ج٣ و فتح القدير ص١٣٧ ج٣. (٣) عبد الرزاق في كتاب اهل الكتاب و ابن ابي شيبة كتاب النكاح ص١٨٠ ج٢/٤. (٤) الدارقطنى و المؤطا مالك جزية اهل الكتاب ص٣١٧ و روى ابن سعد في الطبقات بسنده عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه ان =>

قال و لا الوثنيات لقوله تعالى و لاتنكحوا المشركات حتى يؤمن و يجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي و يقرون بكتاب لانهم

غرائب مالك من حديث ابى علي الحنفي حدثنا مالك بن انس عن جعفر بن محمد عن ابيه عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، ذكر المجوس فقال ما ادري كيف اصنع في امرهم، فقال عبدالرحمن رضي الله تعالى عنه اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب، انتهى. قوله - سنوا بهم سنة اهل الكتاب - أي اسلكوا بهم طريقهم، يعني عاملوهم معاملتهم في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم. (قال و لا الوثنيات) اي قال القدوري و لايجوز ايضا تزويج الوثنيات، و هو جمع وثنية، و الذكر وثني، و نسبته الى عبادة الوثن و هو ماله جثة من خشب او حجر او فضة او جوهر ينحت، و الجمع اوثان، و كانت العرب تنصبها لتعبدها، و يدخل في الوثنيات عبدة الشمس و عبدة النجوم و الصور التي أنحتوها، و المعطلة و الزنادقة و الباطنية و الاباحية و في شرح الوجيز، و كذا كل مذهب يكفر معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعاً لقوله تعالى و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن و هو بعمومه يتناول الوثنية. قال الاكمل و هي من تعبد الصنم وغيرها و قد فسرناه الان و الصنم غيره لانه صورة بلا جثة، كذا فرق(١) بينهما كثير من اهل اللغة، و قيل لا فرق بينهما، و قيل قد يطلق الوثن على غير الصور، (و يجوز تزويج الصابئات) هو جمع صابئة، و الذكر صابئ، من صبأ اذا خرج من دين الى دين، و قال السدى الصابئون طائفة من اليهود كالسامرة و قال الاستاذ ابو اسحاق هو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى و قال قاضي خان هو قول علي رضي الله تعالى عنه. و في الذخيرة القرافية الصابئون من النصارى و السامرة من اليهود يجوز مناكحتهم، و في المغنى(٢) عن احمد انهم طائفة من النصارى، و نص عليه الشافعي و هو قول اسحاق بن راهويه، و قيد المصنف جواز تزويج الصابئات بقوله (ان كانوا يؤمنون بدين نبي) أي كانت جماعة الصابئة يؤمنون بنبي من الانبياء عليهم السلام (و يقرون بكتاب) من الكتب المنزلة من السماء (لانهم

=> رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الحديث الى ان قال بان لاتنكح نسائهم و لاتوكل ذبائحهم كذا في الزيلعي و الفتح. (١) كذا فرق الخ و في لسان العرب مادة صنم - الصنم معروف واحد الاصنام و هو الوثن قال ابن سيدة و هو ينحت من خشب و يصاغ من فضة و نحاس و قيل ماله جسم او صورة فان لم يكن له جسم او صورة فهو وثن قال ابن عرفة ما اتخذوه من الهة فكان غير صورة فهو وثن فاذا كان له صورة فهو صنم و قيل الفرق بين الوثن و الصنم ان الوثن ما كان له جثة من خشب او حجر او فضة ينحت و يعبد و الصنم الصورة بلاجثة. انتهى مختصرا. (٢) المغنى ص٥٠١ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص٢٣٥ ج١٦.

من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب و لاكتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون و الخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب على ما وقع عنده، و على هذا حل ذبيحتهم.

من اهل الكتاب) اي حين يؤمنون بنبي و يقرون بكتاب يكونون من اهل الكتاب، و لا خلاف في تزويج الكتابيات. (و ان كانوا يعبدون الكواكب و لا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون) فلا تجوز مناكحتهم، قالوا هم عدلوا عن دين اليهودية و النصرانية و عبدوا الكواكب، و التفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين (و الخلاف المنقول فيه) يعني بين ابي حنيفة و صاحبيه ان أنكحتهم صحيحة عنده، خلافاً لهما (محمول على اشتباه مذهبهم فكل) أي كل واحد من ابي حنيفة و صاحبيه (أجاب على ما وقع عنده) فوقع عند ابي حنيفة أنهم من اهل الكتاب يقرؤون الزبور و لايعبدون الكواكب، و لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليها، و وقع عندهما انهم يعبدون الكواكب، و لا كتاب لهم: فصاروا كعبدة الاوثان، فاذاً لا خلاف(ا) بينهم في الحقيقة، لانهم ان كانوا كما قال أبو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما أيضاً، و ان كانوا كما قالا فلايجوز مناكحتهم عنده أيضا، و قال مجاهد(١) و الحسن لا كتاب للصابئة، و قال ابوالعالية و قتادة يعبدون الملائكة و يصلون الى القبلة و يقرؤون الزبور، و قال عبدالرحمن بن زيد يقولون لا اله الا الله، و ليس لهم كتاب و لا نبي و لا عمل، و قال مقاتل هم قوم يؤمنون بالله و يعبدون الملائكة و يقرؤون الزبور و يصلون الى الكعبة، أخذوا من كل دين شيئاً. و قال الكلبي هم قوم من النصارى يحلقون وسط رؤوسهم و يجبون مذاكيرهم، و قال عبدالعزيز بن يحي قد درجوا و انقرضوا فلاعين و لا أثر، و قال الخليل هم قوم يشبه دينهم دين النصارى، الا ان قبلتهم بنحو مهب الجنوب فيزعمون انهم على دين نوح عليه السلام. (و على هذا حل ذبيحتهم) اي و على الخلاف المنقول فيه حل ذبيحتهم فعند ابي حنيفة رحمه الله تحل ذبائحهم، و عندهما لاتحل، و ذكر شيخ الاسلام في شرح السير ان الصابئين تحل ذبائحهم و نسائهم عند ابي حنيفة و

(ا) قوله -فاذا لا خلاف- اقول لان الاختلاف المبني على اختلاف المعنى نزاع في اللفظ مع الاختلاف في المعنى و هو لايصلح ان يقال له نزاع او اختلاف فان قيل ان الاختلاف اللفظي لايليق بشأن المحصلين. قلنا هذا الاختلاف ليس باختلاف في الحقيقة، لانهم ان قالوا كما قال ابوحنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضاً، و ان قالوا كما قالا لايجوز مناكحتهم عنده ايضاً فهذا الاختلاف مبنى على اختلاف التقادير و النزاع اللفظي ليس في هذه المثابة.

---

(٢) قال مجاهد الخ راجع تفسير ابن كثير ص١٠٤ ج١.

قال و يجوز للمحرم و المحرمة أن يتزوجا في حالة الاحرام و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز و تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه الصلوة و السلام لاينكح المحرم و لاينكح، و لنا ماروى انه عليه الصلوة و السلام تزوج بميمونة و هو محرم

ابي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى والسرخسي ذكر أن ابايوسف مع محمد رحمهما الله تعالى و هو المشهور. (قال) أي القدوري (و يجوز للمحرم و المحرمة أن يتزوجا في حال الاحرام) قال الحافظ ابوجعفر الطحاوي(١) رحمه الله تعالى و هو قول عبدالله بن مسعود و عبدالله بن عباس و أنس بن مالك رضي الله تعالى عنهم، و به قال سعيد بن جبير و عطاء و طاووس و مجاهد و عكرمة و جابر و عمرو بن دينار و ايوب السجستاني و عبدالله بن أبي نجيح رحمهم الله تعالى و هو مذهب اهل العراق. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و تزويج الولي المحرم وليته) أي مولاته (على هذا الخلاف) المذكور، فعندنا يجوز، و عنده لايجوز (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (قوله عليه الصلوة و السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم (لاينكح المحرم و لاينكح) هذا الحديث(٢) رواه الجماعة الا البخاري من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاينكح المحرم و لاينكح، زاد مسلم و أبوداود في رواية و لايخطب، و زاد ابن حنبل في صحيحه و لايخطب عليه قوله - لاينكح - بفتح الياء، و - لاينكح - بضم الياء من الانكاح، اى لاينكح غيره (و لنا ما روى أنه عليه الصلوة و السلام) اي أن النبي صلى الله عليه وسلم (تزوج بميمونة و هو محرم) هذا الحديث رواه الائمة الستة(٣) في كتبهم عن طاووس(٤)

---

(١) الطحاوي رحمه الله تعالى راجع شرح معاني الآثار باب نكاح المحرم مع الحاشية عن نخب الافكار ص٤٦٤ ج١ و اوجز المسالك ص٣٩٩ ج٣ و فتح القدير ص١٣٩ ج٣ و عمدة القاري باب نكاح المحرم ص١١٠ ج٢٠ و فتح الباري باب نكاح المحرم ص٢٠٦ ج٩ و شرح المهذب ص٢٨٧ ج٧ و المغنى ص٣١١ ج٣ و فتح الملهم و بذل المجهود ص١٢٤ ج٣. (٢) هذا الحديث الخ راجع نصب الراية ص١٧٠ ج٣ و فتح القدير ص١٣٩ ج٣ و مسلم النكاح باب تحريم نكاح المحرم ص٤٥٣ ج١ و ابوداود كتاب الحج باب المحرم يتزوج ص٢٦٢ ج١. و الترمذي كتاب الحج باب كراهية تزويج المحرم ص١٠٣ ج١ و النسائي كتاب الحج. الرخصة في النكاح للمحرم ص٢٦ ج٢ و ابن ماجة ابواب النكاح باب المحرم يتزوج ص١٤٢ و الدارقطنى ص٢٦٧ ج٢. (٣) الائمة الستة نصب الراية ص١٧١ ج٣ البخاري كتاب الحج باب تزويج المحرم ص٢٤٨ ج١ و كتاب المغازي باب عمرة القضاء ص٦١١ ج٢ و مسلم النكاح باب تحريم نكاح المحرم ص٤٥٣ ج١ و ابوداود باب المحرم يتزوج ص٢٦٢ ج١ و الترمذي باب الرخصة في ذالك ص١٠٤ ج١ و النسائى ص٢٦ ج٢ و ابن ماجة ص١٤٢. (٤) طاووس و ليس في رواية =>

عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة و هو(ا) محرم، زاد البخاري(١) و بنى بها، و هو حلال و ماتت بسرف. و أخرجه الدارقطني من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة و هو محرم، و أخرج البزار في مسنده عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها انه عليه الصلوة و السلام تزوج و هو محرم و احتجم و هو محرم، و قال السهيلي في الروض الأنف انما اراد نكاح ميمونة و لكنها لم تسم. و قال الحافظ ابوجعفر الطحاوي(٢) رحمه الله تعالى الذين رووا انه عليه الصلوة

(ا) قوله - و هو محرم ... الخ - اقول فان قلت قوله و هو محرم محتمل ايضا لانه يجوز و هو داخل في الحرم قلت نعم و لكن اريد به انه في الاحرام بالاتفاق فان الشافعية ايضا جوزوا في نكاح النبي صلى الله عليه وسلم انه في حالة الاحرام في الاصح، و لكنه مخصوص به عليه الصلوة و السلام سلمنا جميع ذلك، لكن النصوص المطلقة في باب النكاح مثل قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم و قوله تعالى فانكحواالايامى يوجب اباحة النكاح مطلقا و من شرط أن لايكون محرماً فقد زاد على النص بخبر الواحد، و ذا لايجوز، الخ.

=> البخاري طاووس بل فيها عطاء و عكرمة و مجاهد كذا في هامش الزيلعي ص١٧١ ج٣. (١) زاد البخاري ص٦١١ ج٢. (٢) الطحاوي في شرح معاني الآثار ص٤٦٦ ج١ طبع مكتبة حقانيه ملتان، باكستان. و قال ابن الهمام رحمه الله في فتح القدير ص١٣٩ ج٣ و ما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها و هو حلال لم يقو قوة هذا (أى قوة حديث ابن عباس عند الائمة الستة) فانه مما اتفق عليه الستة و حديث يزيد لم يخرجه البخاري و لا النسائى و ايضا لايقاوم بابن عباس حفظا و اتقانا و لذا قال عمرو بن دينار للزهري و ما يدري ابن الاصم اعرابي كذا و كذا لشئ قاله اتجعله مثل ابن عباس و ما روى عن ابي رافع انه صلى الله عليه وسلم تزوجها و هو حلال و بنى بها و هو حلال و كنت انا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين و ان روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة و لذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال و لانعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر و ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة و هو حلال فمنكر عنه لايجوز النظر اليه بعد ما اشتهر الي ان كاد ان يبلغ اليقين عنه في خلافه و لذا بعد ان اخرج الطبراني ذالك عارضه بان اخرجه عن ابن عباس رضي الله عنه من خمسة عشر طريقا انه تزوجها و هو محرم و في لفظ و هما محرمان و قال هذا هو الصحيح و ما اول به حديث ابن عباس بان المعنى و هو في الحرم فانه انجد اذا دخل في النجد و احرم اذا دخل في الحرم بعيد و مما يبعده حديث البخاري تزوجها و هو محرم و بنى بها و هو حلال و الحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس و حديثى يزيد بن الاصم و ابان بن عثمان و حديث ابن عباس اقوى منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا و يعضده ما قال الطحاوي روى ابوعوانة بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت =>

و السلام تزوج فيها، و هو محرم اهل علم و اثبت من أصحاب ابن عباس مثل سعيد بن جبير و عطاء و طاووس و مجاهد و عكرمة و جابر بن زيد، و هولاء كلهم فقهاء الذين نقل عنهم عمرو بن دينار و ايوب السختياني و عبدالله بن أبي نجيح و هؤلاء أئمة يقتدى برواياتهم. و أما حديث عثمان فانما رواه نبيه بن وهب، و ليس كعمرو بن دينار و لا كجابر بن زيد، و لا كمن روى ما يوافق ذلك عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها و لا لنبيه أيضاً موضع في العلم كموضع احد ممن ذكرنا. فان قلت روى يزيد بن الأصم عن ميمونة رضي الله عنها بنت الحارث قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم و نحن حلالان، رواه مسلم(١) و ابوداود و الترمذي و ابن ماجة، قلت أجيب ان عمرو بن دينار قال، قلت للزهري و مايدري ابن الاصم اعرابي بوال على ساقه أتجعله مثل ابن عباس مع انه يحتمل ان يكون عبر بالتزويج عن البناء بها حلالا اذ هو المقصود بالتزويج و ذكر السبب و ارادة المسبب سائغ. فان قلت روى مالك عن ربيعة بن ابي عبدالرحمن عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله علهي وسلم بعث أبارافع مولاه و رجلاً من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث و رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يخرج. قلت قال ابوعمر بن عبدالبر حديث مالك يعني في هذا الباب غير متصل، و رواه مطر الوراق فوصله، قال و هو غلط من مطر الوراق، لان سليمان بن يسار ولد سنة اربع و ثلاثين، و مات ابورافع بعد قتل عثمان رضي الله تعالى عنه بسنتين، و كان قتل عثمان رضي الله عنه في

=> تزوج رسول الله صلي الله عليه وسلم بعض نسائه و هو محرم و نقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم انتهى. و اخرج ابن سعد في الطبقات في ترجمة ميمونة ص٩٦ و ص٩٧ ج٨ حديث ابن عباس من ستة عشر طريقا في كلها ان النبي صلي الله عليه وسلم تزوج ميمونة و هو محرم. و قال خاتم المحدثين في عصره العلامة محمد انور الشاه الكشميري قدس سره في العرف الشذى اقول يلزم على قوله (اى قول الترمذي انه صلى الله عليه وسلم تزوجها في طريق مكة و ظهر امر تزويجها و هو محرم ثم بنى بها و هو حلال بسرف) انه عليه الصلوة و السلام تجاوز عن الميقات بلا احرام و هو يريد الحج لان في الروايات انه عليه الصلوة و السلام نكح بسرف و هو بين مكة و ذي الحليفة و كانت المواقيت مؤقتة كيف و في البخاري في غزوة الحديبية ص٦٠٠ ج٢ في حديث المسور بن مخرمة و مروان بن الحكم فلما اتى ذا الحليفة قلد الهدى و اشعر و احرم منها بعمرة الحديث كذا في حاشية نصب الراية ص١٧٢ ج٣ عن المحدث مولانا محمد يوسف البنوري رحمه الله تعالى. (١) مسلم باب تحريم نكاح المحرم ص٤٥٤ ج١ و ابوداود باب المحرم يتزوج ص٢٦٢ ج١ و اللفظ له و الترمذي ص١٠٣ ج١ و ابن ماجة ص١٤٢.

و ما رواه محمول على الوطئ،

ذي الحجة سنة خمس و ثلاثين فلايمكن أن يروى عنه. و قال الترمذي لانعلم أحدا أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة و ضعف يحى بن سعيد مطر الوراق، و ضعفه أحمد و ضعف البخاري حديث عثمان في النهي عن نكاح المحرم ورد رواية مالك، و مذهبه، و قال ايضاً حديث ابن الاصم مرسل و ادخل في صحيحه عن سعيد بن المسيب انه عليه الصلوة و السلام تزوجها و هو محرم، و قال الطحاوي و مطر عندهم ليس ممن يحتج بحديثه. فان قلت قال ابن حبان(٢) و ليس في هذه الاخبار تعارض، و عندي أن معنى قوله - تزوج ميمونة و هو محرم - أي داخل في الحرم، كما يقال أنجد واتهم اذا دخل نجد او تهامة. قلت الجواب عنه من ثلاثة أوجه، الاول: ان حمله(١) على الحقيقة الشرعية أولى من الحقيقة اللغوية لما عرف. و الثاني: انهم يزعمون انه كان بالمدينة عند العقد، و انما زوجه اياها وكيلاه عليه الصلوة و السلام فلم يكن في الحرم، و لو ادعوا ان للمدينة حرماً لم يكن ذلك مسلماً لهم، و يكون على هذا النبي صلى الله عليه وسلم محرما على الدوام الا اذا أبعد عن المدينة. و الثالث: ان الراوي الذي هو ابن عباس قطع له بعقد الاحرام لانه دفع به قول من قال تزوج بها، و هو حلال، و لايمكن حمله على خلاف رواية الراوي. فان قلت قالوا النهي قول و الجواز فعل، و القول مقدم بوجهين أحدهما ان القول يتعدى دون الفعل، و الثاني يجوز أن يكون الفعل مخصوصاً به عليه الصلوة و السلام لاسيما في باب النكاح، و لان الفعل معارض في نفسه، و لا معارض للقول. قلت أجيب عن الوجه الاول بالمنع، فان الفعل يتعدى أيضاً، لان الاحرام لما لم يكن مانعاً منه في حقه و ثبت جواز العقد معه ثبت في حق امته ايضا اذ امته اولى بالرخص لضعفهم و حاجتهم و قوته بحمل الاشق. و عن الوجه الثاني ان الاصل عدم الاختصاص، و يلزم منه تغيير الاصل فلايضاف اليه. (و ما رواه) أي ما رواه الشافعي رحمه الله (محمول على الوطئ) لان النكاح للوطئ حقيقة، و للعقد مجازاً أي لايطأ

(ا) قوله - حمله على الحقيقة الشرعية ... الخ - اقول لان التخاطب في الاحكام الشرعية على نهج مصطلحات الشرع، و ان قيل فعلى هذا يلزم تكليف مالايطاق، لان التخاطب على اصطلاحه قبل العلم بهذا الاصطلاح يكون عبثاً بل يلزم التخاطب بتعليم الاصطلاح قبل التخاطب على نهج قوانينه، مع ان الامر ليس كذلك. قلنا غاية ما في هذا الباب يلزم التوقف قبل العلم به، و لهذا كشف السنن النبوية غطاء الاغلاق و الاجمال عن المجملات القرآنية، الاترى أن الامر بالصلاة و الزكاة وغيرهما من الاحكام مجمل، و السنن النبوية قد رفع الاجمال عنها بغاية التفصيل، بحيث لايشذ عنه شيئاً، و من أتى بالخلاف فقد أتى شيئا فرياً.

---

(٢) قال ابن حبان الخ كذا في نصب الراية ص١٧٣ ج٣.

و يجوز تزوج الأمة مسلمة كانت او كتابية. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية، لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق و قد اندفعت الضرورة بالمسلمة، و لهذا جعل طول الحرة مانعا منه. و عندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضى، و فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا

المحرم و لاتمكن المرأة حتى يطأ، هذا ما ذكره بعضهم و هو ضعيف، لان التمكين من الوطئ لايسمى نكاحاً مع اختلاله اعراباً لكنه عليه الصلوة و السلام أخبر عن معتاد أحوال المحرمين انهم في احرامهم لايشتغلون بالنكاح و الانكاح، و لايباشرون ذلك. و قال الخطابي الاوجه أن يقال ان الحديث يروى بالنهي مجزوما، و النهي يكون للتنزيه كما في نهيه عليه الصلوة و السلام عن الخطبة على خطبة أخيه، و لو فعل صح النكاح عندنا و الشافعي و احمد خلافاً لمالك، و حديث النهي يحمل عليه توفيقاً بين الحديثين، و لو روى منفياً فالنفي يجيء بمعنى النهي، كذا في الكافي. (و يجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز(١) للحر أن يتزوج بأمة كتابية) و به قال مالك و احمد في رواية، و عن مالك جواز نكاح الامة مطلقاً، و روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الحارث و الزهري انهما قالا يتزوج الحر اربعا من الاماء من غير فصل. و قال ابن عباس و مجاهد و مما وسع الله تعالى على هذه الامة نكاح الامة و ان كان موسراً الا ان تكون تحته حرة، و قال قتادة و الثوري اذا خاف العنت جاز له نكاح الامة و ان وجد طولاً. و في الذخيرة القرافية اذا لم يستغن بأمة واحدة يتزوج الى اربع و هو قول ابن حنبل، و ان استغنى بها ففي الزيادة عليها خلاف، و اباح حماد نكاح اثنتين من الاماء، و عند الشافعي لايزيد على واحدة و هو رواية عن احمد (لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده) اي عند الشافعي (لما فيه) أي لما في تزويج الاماء (من تعريض الجز على الرق) اذ الولد يتبع الام في الرق (و قد ارتفعت الضرورة بالمسلمة) أى الامة المسلمة الواحدة و الضرورة تتقدر مؤنتها بقدرها، (و لهذا) اي و لكونه ضروريا عنده (جعل طول الحرة مانعاً منه) اي من تزويج الامة لاندفاع الضرورة، بالقدرة على تزويج الحرة (و عندنا الجواز مطلق) اي جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية (لاطلاق المقتضى) و هو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء(٢) (و فيه) أي في الاقدام على نكاح الامة(٣) (امتناع عن تحصيل الجزء) الحر (لا

---

(١) لايجوز الخ راجع اوجز المسالك ص٢٨٦ ج٤ و المغنى ص٥٠٩ ج٧. (٢) و قوله تعالى و احل لكم ما وراء ذالكم. (٣) اى في الاقدام على نكاح الامة الخ كذا في العناية و الكفاية.

ارقاقه، و له أن لايحصل الاصل، فيكون له أن لايحصل الوصف، و لايتزوج أمة على حرة، لقوله عليه الصلوة و السلام لاتنكح الأمة على الحرة

ارقاقه) لانه لم يوجد بعد لانه ماء موات لايوصف بالرق و بعد ما حدث لايصدر منه شيء حتى يقال انه ارقاق و بعد وجود الماء لايوصف بالرق و الحرية الا بطريق التبعية و الامتناع(ا) عنه ليس بمانع شرعاً. (و له ان لا يحصل الاصل) اي الولد بالعزل برضى المرأة و تزوج العجوز و العقيم (فيكون له أن لايحصل الوصف) أي وصف الحرية أيضاً يتزوج الامة اولى (و لايتزوج أمة على حرة) سواء كان حراً او عبداً (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لاتنكح الامة على الحرة) روى الدارقطني(١) في سننه في الطلاق من حديث مظاهر بن اسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله تعالى عنها، قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد اثنتان و لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره، و قرؤ الأمة حيضتان، و يتزوج الحرة على الأمة، و لايتزوج الأمة على الحرة، و مظاهر بن أسلم ضعيف. و روى الطبراني في تفسير سورة النساء باسناده عن الحسن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الأمة على الحرة، قال و تنكح الحرة على الامة و من وجد طولا لحرة فلاينكح أمة و رواه عبدالرزاق(٢) في مصنفه مقصراً على نكاح الامة، فقال حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن، قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح الأمة على الحرة و رواه ابن ابي شيبة في مصنفه أيضا قال حدثنا أبوداود الطيالسي عن هشام الاسراري عن رجل عن الحسن أن تنكح الامة على الحرة. و روى عبد الرزاق(٣) في مصنفه، أخبرنا ابن جريج أخبرني ابوالزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لاتنكح الامة على الحرة، و تنكح الحرة على الامة، و أخرج عن الحسن و ابن المسيب نحوه. و اخرج ابن ابي شيبة(٤) عن علي بن ابي طالب و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما. و اخرج

(ا) قوله - و الامتناع ... الخ - حاصله أن المحذور هو جعل الجزء رقاً، و ليس هناك جزء حتى يصير رقاً، بل ليس الا الامتناع عن تحصيل الجزء الحر و كما ان له الامتناع عن تحصيل الاصل كما اذا عزل برضى المرأة جاز له الامتناع عن تحصيل الوصف، و هو وصف الحرية، و الشافعي جعل المحذور اعم منه، فانه يقول من المحذور جعل المستعد للحرية رقاً، فان ابطال استعداد الحرية ايضا من المحذورات، كما ان جعل الجزء رقا من المحذورات الخ.

---

(١) الدارقطني كتاب الطلاق ص... ج٤ و التفصيل في نصب الراية ص١٧٥ ج٣ و فتح القدير ص١٤١ ج٣.
(٢) عبد الرزاق ص٢٦٨ ج٧ باب نكاح الامة على الحرة و ابن ابي شيبة ص١٤٨ ج٤/٢ من كره ان يتزوج الامة على الحرة. (٣) عبدالرزاق ص٢٦٥ ج٧. (٤) ابن ابى شيبة ص١٤٨ ج٤/٢.

و هو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله تعالى في تجويز ذلك للعبد، و على مالك رحمه الله تعالى في تجويزه برضاء الحرة، و لان للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله. فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة

عن مكحول ايضا نحوه، و في السروجي و عن سعيد بن المسيب و مكحول في الرجل يتزوج الامة على الحرة فقالا يفرق بينهما. و عن الزهري يوجع ظهره و تنزع أمته، و عن ابن طاووس قلت لابي رجل تزوج أمة على حرة و انه يزعم انه قد حرمت عليه، قال صدقوا ذكره ابن ابي شيبة(١) (و هو باطلاقه) أي الحديث المذكور يقتضي اطلاقه (حجة على الشافعي في تجويز(ا) ذلك) أي تجويز الامة على الحرة (للعبد) فان عنده يجوز للعبد أن يتزوج الامة على الحرة، و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية (و على مالك رحمه الله تعالى) اي و حجة على مالك (في تجويزه) اي تجويز الامة على الحرة (برضى الحرة) يعني اذا رضيت الحرة بذلك يجوز قوله لان للرق اثرا الى قوله حالة الانضمام دليلنا و لم يذكر دليل الشافعي رحمه الله تعالى و لا دليل مالك رحمه الله تعالى فوجه قول الشافعي ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حراً، و هو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه، و هو لايوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع أجزائه، و وجه قول مالك ان المنع لحق الحرة، و اذا رضيت فقد اسقطت حقها. و أشار الى وجه قولنا بقوله (و لان للرق أثراً) أي الرق له تاثير(ب) (في تنصيف النعمة) و هو الحل الذي بني عليه النكاح في جانب النساء و الرجال جميعاً (على ما نقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى) قرره في آخر فصل الذمي باب طلاق السنة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى عزوجل. (فيثبت به) أي الذي بني عليه النكاح (حل المحلية في حالة الانفراد) و هي اذا تزوج الامة و لم يكن تحته حرة (دون حالة

(ا) قوله - في تجويز ذلك ... الخ - و ذلك لان الطول هو المانع كما هو مقتضى النص و الطول انما يتصور في الحر لا في العبد، الخ. (ب) قوله - تاثير.... الخ - و الدليل عليه ان الشارع جعل العقوبة المقدرة في حق المرأة منصفة في حق الامة، كما في الزنا و العقوبة في مقابلة النعمة، فيلزم ان النعمة في حق الامة منصفة، بل في كل رق و محلية النكاح أمة فتكون منصفة في حقها و لما كانت الحرة صالحة للنكاح في جميع الاحوال جعل المحلية في حق الامة في نصف من احوالها، و جميع الاحوال هو الانفراد و الاجتماع، فاختير حالة الانضمام، اذ لا معنى ان يجوز الانضمام، و لايجوز الانفراد اذ فيه اهانة الشريفة دون الخسيسة، و المراد من الانفراد في حدوث النكاح بمعنى أن ينكح، و ليس تحته حرة، و الانضمام مقابله، و ذلك بان ينكح امة بعد حرة او ينكحهما معاً الخ.

تنبيه: و ههنا تمت الحواشي للعلامة مولانا محمد عمر رحمه الله تعالى.

---

(١) ابن ابي شيبة ص١٤٨ ج٢/٤.

الانضمام و يجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه الصلوة و السلام و تنكح الحرة على الامة، و لانها من المحللات في جميع الحالات، اذ لا منصف في حقها، فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يجوز عندهما، لان هذا ليس بتزوج عليها و هو المحرم، و لهذا لو حلف لايتزوج عليها

الانضمام) و هي اما اذا اجتمع بين الحرة و الامة في عقد النكاح، او تزوج الامة على الحرة تقرير هذا أن في الحقيقة حالتين حالة الانضمام الى الحرة، و حالة الانفراد عنها، فيثبت الحل في حالة الانفراد دون حالة الانضمام، و هو تزوجها على الحرة او مع الحرة، و التزوج على الحرة انضمام، لان كل فعل يقبل الامتداد يعطى لبقائه حكم الابتداء، و حكم النكاح من ذلك القبيل فيجعل الانضمام على هذا الطريق، و قد طول الاكمل(١) هنا كلامه، و استغربه و هو في الحقيقة أخذه من النهاية و صاحب النهاية اخذه من المبسوط، و فيما ذكرناه كفاية. (و يجوز تزوج الحرة عليها) أى على الامة، و لايبطل نكاح الامة باجماع الائمة الاربعة، و قال المزني من أصحاب الشافعي يبطل نكاح الامة للقدرة على طول الحرة (لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (و تنكح الحرة على الامة) تقدم هذا عن قريب في سنن الدارقطني عن عائشة رضي الله تعالى عنها (و لانها) أي و لان الحرة (من المحللات) بفتح اللام (في جميع الحالات اذ لا منصف) بكسر الصاد (في حقها) أي في حق الحرة، بخلاف الامة. (فان تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن) قيد الاعتداد عن طلاق بائن، لانها لو كانت معتدة في طلاق رجعي لايجوز بالاتفاق (لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يجوز عندهما) و به قال الشافعي و مالك و احمد عند عدم طول الحرة (لان هذا) أي نكاح الامة في عدة الحرة (ليس بتزوج عليها) أي على الحرة لزوال الملك (و هو المحرم) أي التزوج على الحرة هو محرم، بكسر الراء (و لهذا) أي و لكون المحرم هو التزوج على الحرة (لو حلف لايتزوج عليها) أي على امرأته بان قال ان تزوجت عليك

---

(١) طول الاكمل الخ و لفظه في العناية ص١٤٢ ج٣ تقريره ان الحل الذي يبتنى عليه عقد النكاح نعمة جديدة في جانب الرجال و النساء جميعاً و كما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين و الحر اربعا فكذالك يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف و هو يشملهما و لايمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لاتحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذالك الاحوال ثلاث حال ماقبل نكاح الحرة و حال مابعده و حال المقارنة و لكن الحال الواحدة لاتحتمل التجرى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة و محرمة مقترنة بالحرة او متأخرة عنها و هذا المعنى هو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالرق القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضى فتامل فانه غريب انتهى.

لم يحنث بهذا. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام، فيبقى المنع احتياطاً بخلاف اليمين، لان المقصود أن لايدخل غيرها في قسمها، و للحر ان يتزوج اربعاً من الحرائر و الاماء، و ليس له ان يتزوج اكثر من ذلك،

امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة بعدما أبانها (لم يحنث بهذا) أي بهذا التزوج، و هو تزوج المرأة حرة كانت او امة في عدة حرة من طلاق بائن، بخلاف(١) ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن، فانه لايجوز باتفاق علمائنا، خلافا للشافعي رحمه الله تعالى لان المحرم هناك الجمع، و في التزوج في العدة صار جامعا بينهما في حقوق النكاح. أما هاهنا فالمنع ليس لاجل الجمع، و لهذا لو تزوج الحرة عليها جاز، بل في تزوج الامة على الحرة ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال، و هذا لايوجد بعد البينونة، كذا في المبسوط و الاسرار. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن نكاح الحرة باق من وجه) في العدة (لبقاء بعض الاحكام) و هو المنع من التزوج والفراش، حتى يثبت النسب منه و النفقة فكانت العدة حقاً من حقوق النكاح، و حق الشيء كنفس ذلك الشيء (فيبقى المنع احتياطاً) كما لو تزوج أختا في عدة أخت (بخلاف اليمين) جواب عن قولهما، و لهذا لو حلف تقريره أن اليمين يعتبر فيه العرف، و في العرف لايسمى متزوجاً عليها بعد البينونة، فلهذا لم تطلق. و أما في الفاظ الشرع المعتبر المعنى، و معنى الحرمة باق ببقاء العدة، و علل المصنف بقوله (لان المقصود أن لايدخل غيرها) عليها شريكة (في قسمها) بفتح القاف، لان قصد الحالف تطييب قلبها بترك الاشتراك في الفراش، فاذا تزوجها في العدة فما اشرك غيرها في قسمها. (و يجوز للحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر و الاماء) أي اربعاً من النساء الحرائر، او اربعاً من الاماء او اربعاً منهما اذا قدم الامة (و ليس له أن يتزوج اكثر من ذلك) أي من الاربع و عن القاسم بن ابراهيم انه اباح تسعة(٢) و هو خرق للاجماع، و هكذا نقل عن الروافض بانهم يجوزون تسعاً من الحرائر. و في الحواشي حكى عن النخعي و ابن ابي ليلى هكذا، و عن بعض الشيعة و الخوارج جواز ثمانية عشرة تعلقاً بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع، فمن جعل مثنى بعد العدل يعنى اثنين، و كذا ما بعده أباح نكاح تسع، و من قال مثنى بمعنى اثنين مرتين أباح نكاح ثمانية عشر امرأة. و حكى القاضي عبد الوهاب عن بعض الناس أنه جوز للرجل أن يتزوج من النساء أي عدد شاء قليلا كان او

---

(١) بخلاف الخ كذا في العناية و الكفاية ص١٤٣ ج٣. (٢) تسعة الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٢٤٤ ج١٦ و اعلاء السنن ص٥١ الى ص٥٣ ج١١ و عمدة القارى ص٩١ ج٢٠ و فتح الباري ص١٧٢ ج٩ باب لايتزوج اكثر من أربع. و الشروح الثلاثة للهداية ص١٤٤ ج٣.

لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع و التنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايتزوج الا امة واحدة، لانه ضروري عنده

كثيراً من غير حصر و عدد. و ذكر السرخسي اباح الله سبحانه و تعالى الزواج في التوراة من غير حصر بعدد حفظاً لمصالح الرجال دون النساء و حرم في الانجيل الزيادة على الواحدة حفظاً لمصالح النساء دون الرجال، و جمع في هذه الشريعة المعظمة بين مصالح الرجال و النساء. (القوله عزوجل فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع و التنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه) قيل(١) قوله و التنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه غير مسلم، الا ترى انه عليه الصلوة و السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول و غائط و قيء و دم و مني، و بالاتفاق يغسل من الخمر أيضا مع انه عليه الصلوة و السلام نص على العدد مع كلمة الحصر، و أجيب بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي، لان هذا الحديث خرج جواباً لسؤال من سأل عن النجاسة، و هو منحصر على هذا العدد، و قيل كلام المصنف انما يمشي على قول من يقول ان الواو في الآية بمعنى او كما في قوله تعالى أولى أجنحة مثنى الآية، ورد بان الاصح ان الواو بمعناها، لان او لاتستعمل الا في التخيير، و التخيير في الحقيقة لايدخل في العدد، و مثل هذا التركيب يدل على جواز احد الاعداد كما في قولهم اقتسموا هذا المال اثنين اثنين و ثلاثة ثلاثة و اربعة اربعة. و لو قلت أو يعلم انه يسوغ ان يقتسموه الا احدى هذه القسمة و ليس لهم أن يجمعوا بينهما، لان او لاحد الشيئين، و الواو تدل على جواز الجمع بين الفرق، و قال الفراء المراد واحد من الاعداد، و لا وجه لحمله على الجمع، لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى في الكلام، فان من اراد ان يقول اعط فلانا تسعة دراهم، و قال اعط درهمين و ثلاثة و اربعة كان سخيفاً جاهلاً. فعلم ان المراد واحد، و قيل معنى الاية فينكح بعضكم اثنين و بعضكم ثلاثة و بعضكم اربعة لايجوز لا لغة و لا شرعاً. و اذا تزوج تسعاً في زمان واحد لايكون مثنى و لا ثلاث و لا رباع، بل يكون تساع. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايتزوج الا امة واحدة) يعني عند عدم طول الحرة و خوف العنت، و به قال احمد، و قال مالك يجوز تزويج اربع من الاماء عند عدم طول الحرة، و خوف العنت، و عندنا يجوز الاربع مع الطول و خوف العنت، ثم في جواز نكاح الامة عدم طول الحرة و خوف العنت شرط عندهم، و عندنا ليس بشرط، و لكن المستحب ان لا يتزوج مع طول الحرة عندنا (لانه ضروري عنده) أي لان نكاح الامة ضروري عند الشافعي

---

(١) قيل الخ كذا في العناية.

و الحجة عليه ماتلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار، و لايجوز للعبد أن يتزوج اكثر من اثنين، و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده، حتى ملكه بغير اذن المولى و لنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين و الحر اربعا اظهاراً لشرف الحرية

رحمه الله تعالى و الضرورة ترتفع بالواحدة فلايزاد عليها، كالميتة أحلت للضرورة لم يجز الا مقدار ما يسد رمقه. (و الحجة عليه) أي على الشافعي رحمه الله تعالى (ما تلونا) و هو قوله تعالى فانكحوا م طاب لكم من النساء (اذا الامة المنكوحة ينتظمها) أي يشملها (اسم النساء) أي كما ان لفظة النساء يتناول الحرائر يتناول الاماء أيضا. قال الاترازي كان الاولى أن يقول اذ الامة و الحرة (كما في الظهار) فان آيته مذكورة بلفظ النساء و يتناول الامة المنكوحة، و حكم المدبرة و المكاتبة على هذا الخلاف المذكور، فالمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. (و لايجوز للعبد أن يتزوج اكثر من اثنين) و به قال الشافعي(١) و احمد و عمر و علي و عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنهم، و به قال عطاء والحسن البصري و الشعبي و الثوري رحمهم الله (و قال مالك رحمه الله يجوز له الاربعة) كالحر، و به قال سالم و طاووس و مجاهد و الزهري و ربيعة الراى و أبوثور و داود و المكاتب و المدبر و أم الولد في هذا كالعبد (لانه) أي لان العبد (في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) أي عند مالك (حتى ملكه) أي حتى ملك النكاح (بغير اذن المولى) لان ملك النكاح من خواص الآدمية و الرق لايؤثر فيها، فصار كالقصاص، فانه يبقى على اصل الحرية فيه بالاجماع، فكذا هاهنا. (و لنا أن الرق منصف) يعني مؤثر في تنصيف النعم، و هذا الحل نعمة من الله تعالى يوصل بها إلى قضاء شهوة الفرج حلالاً، و النعم تتفاوت الاحوال في الشرف، فان حال النبوة لما كان اشرف حل له التسع دون غيره، و حال الحر أشرف من حال العبد، فتظهر الزيادة في حق الحر دون العبد (فيتزوج العبد اثنتين و الحر اربعاً) أي يتزوج الحر اربع نسوة (اظهاراً لشرف الحرية) و يؤيده حديث عمر(٢)

---

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى راجع اوجز المسالك عنوان نكاح العبد ص٣٠٧ ج٤ و المغنى ص٤٣٧ج٧. (٢) حديث عمر رضي الله عنه و في اعلاء السنن ص٥٣ ج١١ روى الشافعي رحمه الله تعالى عن عمر رضي الله عنه قال ينكح العبد امراتين و رواه عن علي و عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنهما قال الشافعي و لايعرف لهم من الصحابة مخالف و اخرجه ابن ابي شيبة عن عطاء و الشعبي و الحسن وغيرهم كذا في التلخيص الحبير ص٢٠٣ ج٢ و عن الحكم بن عتيبة اجمع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ان لاينكح العبد اكثر من اثنتين رواه ابن ابي شيبة عنوان المملوك كم يتزوج من النساء ص١٤٤ ج٢/٤ كذا في التلخيص =>

فان طلق الحر احدى الاربع طلاقاً بائناً لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها، و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و هو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال و ان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح، و لا يطأها حتى تضع

رضي الله تعالى عنه، فانه قال لايتزوج العبد اكثر من اثنتين. و في المحلى و عن عطاء اجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لايجمع بين النساء فوق اثنتين، انتهى، و فيه خلاف الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و قد ذكرناه عن قريب. (فان طلق الحر احدى الاربع) يعني اذا كان الحر متزوجاً باربع نسوة فطلق احداهن (طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة) أى امرأة رابعة (حتى تنقضي عدتها) يروى ذلك(١) عن علي و ابن مسعود و ابن عباس و زيد بن ثابت، و به قال سعيد بن المسيب و عبيدة السلماني و مجاهد و النخعي و الثوري و احمد. و قال القاسم بن محمد و عروة بن ابى ليلى له ذلك، لانقطاع النكاح بينهما، و به قال الشافعي، و اشار اليه المصنف بقوله (و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى) أي في تزوج الرابعة في عدة المطلقة طلاقاً بائناً خلاف الشافعي، يعني يجوز عنده، و به قال مالك و أبوثور و ابوعبيد و ابن المنذر، قلنا نكاح المطلقة الرابعة قائم لبقاء أحكامه من النفقة و الفراش و المنع من الخروج، و القاطع قد تاخر عمله الى انقطاع العدة. و عن ابي الزناد أنه قال كان للوليد بن عبد الملك اربع نسوة، فطلق واحدة منهن البتة و تزوج غيرها قبل أن تحل، فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء منهم سعيد بن المسيب، قال سعيد بن منصور اذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأى شيء بقي، و حكى ان مروان شاور الصحابة فيه، فاتفقوا على انه يفرق بينهما، و خالفهم زيد ثم رجع الى قولهم ذكره في المبسوط. (و هو نظير نكاح الأخت في عدة الاخت) أي عدم جواز نكاح المرأة في عدة الرابعة قبل انقضائها نظير عدم جواز نكاح الأخت في عدة الاخت، و قد مر ذلك فيما مضى. و في المبسوط لزوج المرتدة أن يتزوج بأختها بعد لحاقها بأهلها قبل انقضاء عدتها، لانها لاعدة عليها من المسلم لتباين الدارين، فان عادت مسلمة لايضر نكاح الأخت، لان العدة لاتعود، و عند ابى يوسف رحمه الله تعود، و في بطلان نكاحها روايتان عنه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح، و لا يطأها الزوج حتى تضع

==> انتهى و في اوجز المسالك ص٣٠٨ ج٤ و المغنى ص٤٣٧ ج٧ و يقوى هذا ما روى الامام احمد باسناده عن محمد بن سيرين ان عمر رضي الله عنه سال الناس كم يتزوج العبد فقال عبدالرحمن بن عوف باثنتين و طلاقه باثنتين فدل هذا على ان ذالك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر و هذا يخص عموم الآية انتهى. (١) يروى ذالك الخ راجع اوجز المسالك ص٣٢٥ ج٤ و المغنى ص٤٤١ ج٧.

حملها، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى النكاح فاسد، و إن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رحمه الله تعالى ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل، و هذا الحمل محترم، لانه لاجناية منه، و لهذا لم يجز اسقاطه و لهما انها من المحللات بالنص و حرمة الوطئ كيلايسقى ماؤه زرع غيره.

حملها) هذا اذا لم يكن الحمل ثابت النسب (و هذا) اي جواز النكاح و منع الوطئ الى حين الوضع (عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله في جواز النكاح، و لكنه جوز وطأها. (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى النكاح فاسد) و به قال ابن شبرمة وزفر و مالك و احمد (و إن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع) و لو كان الحمل من الزنا من المتزوج فالنكاح جائز عند الكل، و يحل له وطؤها و تستحق النفقة عند الكل ذكره في النوازل، و إن كان الزنا من غيره تستحق النفقة عند بعض المشايخ، و لاتستحق النفقة عند البعض على مذهب أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و لابي يوسف رحمه الله أن الامتناع) أي امتناع النكاح (في الاصل) و هو صورة الاجماع يعني فيما اذا كان الحمل ثابت النسب (لحرمة الحمل) و صيانة عن سقيه ماءه زرع غيره، فان الحمل يزداد سمعه و بصره حدة بالوطئ (و هذا الحمل محترم، لانه لاجناية منه) أي من الحمل (و لهذا) أي و لعدم الجناية منه (لم يجز اسقاطه) فيمتنع النكاح هاهنا أيضا. (و لهما) أي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله (انها) أي الحبلى من الزنا (من المحللات بالنص) و هو قوله تعالى و أحل لكم ما وراء ذلكم، و كل من كانت كذلك جاز نكاحها، فان قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص. قلت لمكان قوله تعالى و لاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله، (و حرمة الوطئ) هذا جواب عما يقال لو كانت من المحللات يحل وطؤها بعد وروذ العقد عليها، فاجاب بقوله و حرمة الوطئ (كيلا يسقى ماؤه زرع غيره) و هو حرام، لقوله عليه الصلوة و السلام من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلايسقى(١) ماءه زرع غيره، يعني وطئ الحبالى، و قوله عليه الصلوة و السلام لاتوطأ(٢) حامل حتى تضع صحيح. فان قلت فم الرحم ينسد بالحبل، فكيف يكون سقى زرع

---

(١) فلايسقى الحديث رواه ابوداود عن رويفع بن ثابت الانصاري رضي الله عنه مرفوعا كتاب النكاح باب في وطئ السبايا ص٣٠٠ ج١ و الترمذي روى عنه ايضا كتاب النكاح باب الرجل يشترى الجارية و هي حامل ص١٣٤ ج١ و الامام احمد في مسنده ص١٠٨ ج٤ و ص١٠٩. (٢) لاتوطأ حامل الحديث ابوداود عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعا ص٣٠٠ و الترمذي ابواب السير عن عمر رضي الله عنه موقوفاً ص١٨٩ ج١ و الدارمي كتاب الطلاق و مسند احمد ص٦٢-٨٧-٢٢١ ج٣ و راجع المغنى ص٥١٥ ج٧.

و الامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء و لا حرمة للزاني، فان تزوج حاملاً من السبي فالنكاح فاسد، لانه ثابت النسب، و ان زوج أم ولده و هي حامل منه، فالنكاح باطل، لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلايعتبر ما لم يتصل به الحمل.

غيره، قلت شعره ينبث من ماء الغير، فان قلت النكاح شرع لامر ضروري و هو الحمل، فلايثبت بدونه و الحمل هنا غير ثابت فلايثبت النكاح، قلت ليس من ضرورة حرمة الوطئ لعارض على شرف الزوال فساد النكاح كما لو حرم بالحيض و النفاس (و الامتناع في ثابت النسب) جواب عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لحرمة الحمل، تقريره لانسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل، بل انما هو (لحق صاحب الماء و لا حرمة للزاني) لارتكابه الحرام (فان تزوج حاملاً من السبي فالنكاح فاسد، لانه ثابت النسب) من زوجها فكان الماء محترما واجب الصيانة و هذا باجماع الأئمة الاربعة رحمهم الله تعالى و كذا المهاجرة الينا لو كانت حاملاً، و روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى و المهاجرة و المسبية انه يجوز نكاحهما لكن لايطأهما حتى يضعا حملهما و ان لم تكن حاملاً يجوز النكاح، لان الفرقة وقعت بتباين الدارين، كذا في جامع المحبوبي. (و إن زوج أم ولده و هي حامل منه) أي و الحال انها حامل من المولى (فالنكاح باطل، لانها) أي لان ام الولد (فراش لمولاها) لوجود حده، و هو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها، و هو معنى قوله (حتى يثبت نسب ولدها منه) أي من المولى (من غير دعوة) فان قلت ذكر هنا بلفظ الباطل، و فيما تقدم بلفظ الفاسد، قلت لان الحرمة فيما تقدم مختلف فيه لما ذكرنا من رواية الحسن، فكانت حرمتها أخف فذكر بلفظ الفاسد، و قيل المراد بالفساد هناك البطلان ايضاً، و فيه تامل. (فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين) و هما فراش المولى و فراش الناكح، و انه لايجوز، لانه يؤدى الى اشتباه الانسان كنكاح المنكوحة (الا انه غير متأكد) هذا استثناء من قوله - فراش لمولاها - يعني أم الولد فراش لمولاها الا انها فراش غير قوى، و يجوز أن يكون هذا جواباً عما يقال و هو انه لو كانت فراشاً لمولاها لما جاز نكاحها عند كونها غير حامل، مع انه يجوز، فاجاب عنه بقوله الا انه أي الا ان فراشها غير متأكد يعني ضعيف (حتى ينتفي الولد بالنفي) أي حتى ينتفي ولده بمجرد النفي (من غير لعان فلايعتبر مالم يتصل به الحمل) أي فلايعتبر هذا الفراش ما لم يتصل به الحمل، لان الحمل مانع في الجملة، و كذلك

قال و من وطئى جاريته ثم زوجها جاز النكاح، لانها ليست بفراش لمولاها، فانها لو جاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه، و اذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله و قال محمد رحمه الله تعالى لاأحب له أن يطأها قبل(١) أن يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء.

الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكيد. فان قلت(٢) اذا كان غير متأكد و ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الاقدام على النكاح نفياً للسبب، فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة، هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين، و اذا انتفي نسبه كان حملا غير ثابت النسب، و في مثله يجوز النكاح كما تقدم. قلت أجيب بأن هذه دلالة، و الدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح، و الصريح هنا موجود، لان المسألة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج أم ولده، و هي حامل منه، و انما يكون الحمل منه اذا أقر به. (و من وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح) أي قبل أن يستبرئها. و قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لايجوز نكاحها قبل الاستبراء بحيضة، و عند زفر رحمه الله تعالى لايجوز نكاحها حتى تحيض ثلاث حيض كما في الزانية عنده، فانه يجب عليها ثلاث حيض عنده، و كذا الخلاف في أم الولد غير حامل منه (لانها) أي لان الجارية (ليست بفراش لمولاها) هنا لعدم حد الفراش و هو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب ولد الرجل، و لم يوجد ذلك هنا (فانها لو جاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة) فلا مانع للنكاح، (الا ان عليه) أي على المولى (أن يستبرئها) قال الشارحون(٣) معنى عليه الاستحباب دون الوجوب، و ذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير، و انما ذكره المصنف فيقال أنه اراد به الاستحباب (صيانة لمائة) و قد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب. (و اذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها) و في المشكلات لايحل له أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة (لانه) أي لان رحمها (احتمل الشغل بماء المولى) لوجود سببه و هو الوطئ، و لو تحقق الشغل يحرم الوطئ تنزها عن السقي زرع غيره فاذا احتمل (فوجب التنزه كما في الشراء) فان التنزه عن الوطئ في الشراء قبل الاستبراء واجب، و قال الاترازي رحمه الله تعالى ليس المراد منه الوجوب المصطلح لدلالة قوله لاأحب أن يطأها.

---

(١) قبل – ن – حتى. (٢) فان قلت الخ كذا في العناية ص١٤٧ ج٣. (٢) قال الشارحون الخ كذا في العناية.

و لهما أن الحكم بجواز النكاح امـارة الفراغ فلايؤمر بالاستبراء لا استحباباً و لا وجوباً، بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل و كذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل أن يستبرئها عندهما

(و لهما) أى لابي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ) أي ان حكم الشرع بجواز النكاح علامة فراغ الرحم، لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم، و إن كان الرحم فارغاً (فلايؤمر بالاستبراء لا استحباباً و لا وجوباً) أى لا على طريق الاستحباب و لا على طريق الوجوب، اذ الحكم لايثبت بلاسبب، و انما قدم(١) لفظ استحباباً و كان حقه التأخير، لان نفيه يستلزم نفي الوجوب، فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب، اما لان الخصم يقول به، و كان نفيه أهم، و أما ليتصل بقوله - بخلاف الشراء - فان الاستبراء فيه واجب. (بخلاف الشراء) هذا جواب عن قياس محمد رحمه الله تعالى صورة النزاع على الشراء بالفارق، تقريره أن الشراء ليس مثل الذي قاسه عليه (لانه) أي لان الشراء (يجوز مع الشغل) دون النكاح، فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ، و الا لكان حكماً بما لايجوز، و لاكذلك في الشراء فيجب الاستبراء، و هذا الخلاف فيما اذا لم يستبرئ المولى، أما لو استبرأها ثم زوجها يجوز وطئ الزوج بالاجماع قبل الاستبراء، و من المشايخ من قال لا خلاف بينهم في الحامل، لان عندهما لايجب الاستبراء، و لم يقولا لايستحب، و عند محمد يستحب، و ما قال واجب، و قال ابوالليث و قول محمد أقرب الى الاحتياط، و به نأخذ كذا في جامع المحبوبي. (و كذا) أي و كذا الحكم مع الخلاف المذكور فيما (اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما) أي عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله و قال احمد رحمه الله تعالى لايجوز الا بشرط انقضاء العدة بثلاث حيض و توبتها حتى قال أحمد لو زنت امرأته لايطأ الزوج حتى تعتد من الزاني بثلاث حيض عنده، و قيل يكتفى بحيضة. و قال احمد لايطأ الجارية الزانية، و قول قتادة و اسحاق و ابي عبيد مثل قول احمد في انقضاء العدة بثلاث حيض و التوبة. و قال ابن حزم في المحلى لايحل(٢) للزانية أن تنكح زانياً و لا عفيفاً حتى تتوب، فان تابت حل لها الزوج من عفيف، و لايحل للزاني المسلم ان يتزوج مسلمة لا زانية و لا عفيفة حتى يتوب، و للزاني أن يتزوج كتابية

---

(١) و انما قدم الخ كذا في العناية. (٢) لايحل للزانية الخ راجع تفسير احكام القرآن للجصاص رحمه الله تعالى ص٢٦٤ ج٣ تفسير سورة النور و المغنى احكام نكاح المرأة الزانية ص٥١٥ ج٧.

و قال محمد رحمه الله تعالى لا احب له أن يطأها ما لم يستبرئها، و المعنى ما ذكرنا، و نكاح المتعة باطل

عفيفة. و إن لم يتب، و الزنا الطارئ منهما أو من أحدهما لايوجب فسخ نكاحهما، و روى ذلك باسناده عن علي و ابن مسعود و البراء بن عازب و جابر بن عبدالله و ابن عمر و عائشة و آخرين رضي الله تعالى عنهم. و قال ابن حزم و قد جاء اباحة نكاحهما عن ابي بكر و عمر و ابنه و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم. و قال ابن المنذر و هو قول جابر و طاووس و ابن المسيب و ابن زيد و عطاء والحسن و عكرمة و الزهري و الثوري و الشافعي، و اذا تابا حل للزاني أن يتزوج بمن زنى عند الجمهور، و عند ابن مسعود والبراء بن عازب و عائشة رضي الله تعالى عنهم انها لاتحل للزاني بحال، ثم لايفرق بين الزوجين يزني احدهما، و عن جابر بن عبدالله أن المرأة اذا زنت يفرق بينهما و لاشيء لها، و عن الحسن مثله، و عن علي رضي الله تعالى عنه انه فرق بين امرأة و رجل زنى قبل أن يدخل بها (و قال محمد رحمه الله تعالى لاأحب له أن يطأها مالم يستبرئها) و ذلك بطريق الاحتياط لاحتمال الشغل بماء الزاني (و المعنى ما ذكرنا) أي ما ذكرنا من الجانبين في مسألة الجارية (و نكاح المتعة باطل)(١) ادعى غير واحد من العلماء الاجماع على تحريم المتعة، و قال الخطابي في المعالم كان ذلك مباحاً في صدر الاسلام ثم حرم فلم يبق فيه اليوم خلاف بين الأمة الا شيئاً ذهب اليه بعض الروافض، قال و كان ابن عباس رضي الله عنه يتأول في اباحته للمضطر اليه بطول الغربة و قلة اليسار، ثم توقف عنه و أمسك(٢) عن الفتوى به، و قال ابوبكر الحازمي يروى جوازه عن بعض الشيعة، و عن ابن جريج و قال المازري تقرر الاجماع على منعه، و لم يخالف فيه الا طائفة من المبتدعة. و حكى ابن عبد البر الخلاف القديم في ذلك، فقال و أما الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانهم اختلفوا في المتعة فذهب ابن عباس الى اجازتها و تحليلها لاختلاف عنه في ذلك و عليه اكثر اصحابه منهم عطاء بن رباح و سعيد بن جبير و طاووس، قال و روى ايضا اجازتها و تحليلها عن أبي سعيد الخدري و جابر بن عبدالله، قال جابر

---

(١) نكاح المتعة باطل راجع فتح القدير ص١٤٩ ج٣ و فتح الباري باب نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن نكاح المتعة اخيرا ص٢٠٧ ج٩ و عمدة القاري باب غزوة خيبر ص٢٤٦ ج١٧ و ص١١١ ج٢٠ و احكام القرآن للجصاص ص١٤٦ ج٢ و روح المعاني ص٩ ج١٨ في أوائل سورة المؤمنين و اوجز المسالك نكاح المتعة ص٣٠٤ ج٤ و المغنى نكاح المتعة غير جائز ص٥٧١ ج٧ و فتح الملهم و نصب الراية ص١٧٦ و ص١٨٢ ج٣ و شرح المسلم للنووي رحمه الله تعالى باب نكاح المتعة ص٤٥٠ ج١. (٢) امسك عن الفتوى الخ كذا في نصب الراية ص١٨١ ج٣ و فتح القدير ص١٥١ ج٣.

و هو أن(١) يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال و قال مالك هو جائز، لانه كان

تمتعنا الى النصف من خلافة عمر رضي الله تعالى عنه حتى نهى عمر الناس، قال و أما سائر الرواة من الصحابة و التابعين و من بعدهم من الخلفاء و فقهاء الامصار المسلمين فعلى تحريم المتعة، منهم مالك(٢) بن أنس من أهل المدينة و الثوري و أبوحنيفة من أهل الكوفة و الشافعي و من سلك سبيله من أهل الحديث و الفقه و النظر بالآفاق، و الاوزاعي من أهل الشام، و الليث بن سعد من أهل مصر و سائر أصحاب الآثار. (مثل أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) هذه صورة المتعة، و في المنافع صورتها أن يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك او لاستمتع بك، أو متعيني نفسك أياماً. و في البدائع نكاح المتعة نوعان، أحدهما أن يكون بلفظ التمتع، و الثاني أن يكون بلفظ النكاح أو التزوج أو ما يقوم مقامهما، فالاول أن يقول أتمتع بك يوماً او شهراً او سنة على كذا، و هو باطل، و قال شيخنا زين الدين في شرح الترمذي نكاح المتعة المحرم هو ما اذا صرح بالتوقيت فيه، أما اذا كان في نية الزوج انه لايقيم معها الا سنة او شهرا او نحو ذلك و لم يشترط ذلك، فانه نكاح صحيح عند عامة أهل العلم ما خلا الاوزاعي، فانه قال في هذه الصورة هي متعة و لا خير فيه. و اذا تقرر أن نكاح المرأة غير صحيح فهل يحد من وطئ في نكاح متعة، اختلف فيه العلماء، فقال أكثر اصحاب مالك لا حد فيه لشبهة العقد، و قال الرافعي إذا وطئ جاهلا بفساده فلا حد، و إن كان عالماً فقد بنى أمر الحد على ما روى أن ابن عباس كان يجوز نكاح المتعة ثم رجع عنه، فان صح رجوعه وجب الحد لحصول الاجماع، و إن لم يصح رجوعه فيبنى على انه لو اختلف اهل عصر في مسألة، ثم اتفق من بعضهم على احد القولين فيها، فهل يصير ذلك مجمعاً عليه، فيه وجهان اصوليان، اذا قلنا نعم يجب الحد، و الا فلا قال الرافعي و هو الاصح، و كذا صححه النووي رحمه الله تعالى. و قال ابن الزبير المتعة الزنا الصريح، و الا اجد احداً يعمل بها إلا رجمته. (و قال مالك هو جائز) أي نكاح المتعة، جائز و قال الكاكي هذا سهو(٣) فان المذكور في كتب مالك حرمة نكاح المتعة. و قال في المدونة و لايجوز النكاح الى أجل قريب أو بعيد و ان سمى صداقاً، و هذه المتعة. و قال الاكمل(٤) معتذراً عن المصنف يجوز أن يكون شمس الائمة الذي اخذ منه المصنف اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة، انتهى. قلت لم يذكر في كتاب من كتب المالكية رواية تجوز المتعة، و بالاحتمال نقل قول عن إمام من الائمة غير موجه مع أن مالكاً روى في

(١) و هو ان -ن- مثل أن. (٢) مالك بن انس الخ كذا في المغنى ص٥٧١ ج٧. (٣) سهو و قال ابن الهمام في الفتح نسبته الى مالك غلط و راجع مذيلة الدراية لمقدمة الهداية ص٢٥. (٤) الاكمل في العناية ص١٥٠ ج٣.

مباحاً فيبقى الى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم

موطئه(١) حديث الزهري من حديث علي ين ابي طالب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر على ما يأتي بيانه عن قريب ان شاء الله تعالى. و قال الاكمل هنا أيضاً معتذراً ليس من يروى حديثاً يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه، انتهى. قلت عادة مالك رحمه الله أن لايروي حديثاً في موطأه الا و هو يذهب اليه و يعمل به، و لو ذكر عنه ما ذكره الاكمل لذكره أصحابه و لم ينقل عنه شيء من ذلك. (لانه) اي لان نكاح المتعة (كان مباحاً فيبقى الى أن يظهر ناسخه) أي يبقى حكمه الى أن يظهر ناسخه فيحنئذ يحرم (قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم) بيان ذلك انه وردت.الاحاديث الدالة على نسخها، منها ما رواه الترمذي(٢) من حديث الزهري عن عبدالله والحسن بن محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء و عن لحوم الحمر الاهلية زمن خيبر، و قال حديث حسن صحيح، و اخرجه بقية الستة ما خلا أبا داود رحمه الله تعالى عنه. و منها ما أخرجه مسلم(٣) و بقية اصحاب السنن من رواية الربيع بن سبرة عن ابيه رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة، و قال انها حرام من يومكم هذا الى يوم القيامة و منها ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه، قال خرجنا مع رسول الله صلي الله عليه وسلم في غزوة، فنزلنا ثنية الوداع، فرأى نساء يبكين، فقال ما هذا، قيل نساء تمتع بهن أزواجهن ثم فارقوهن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم او هدم المتعة(٤) النكاح و الطلاق و العدة و الميراث. و منها ما رواه مسلم(٥) من حديث سلمة بن الاكوع رضي الله عنه قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم عام أوطاس في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها. و منها ما رواه البيهقي(٦) من حديث أبي ذر رضي الله عنه انما احلت لنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه

---

(١) موطئه عنوان نكاح المتعة ص٥٠٧. (٢) الترمذي باب في نكاح المتعة ص١٣٣ ج١ و البخاري باب غزوة خيبر ص٦٠٦ج٢ و باب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة اخيرا ص٧٦٧.ج٢ و مسلم باب في نكاح المتعة ص٤٥٢ ج١ و النسائي تحريم المتعة ص٨٩ ج٢ و ابن ماجة باب النهى عن نكاح المتعة ص١٤٢ و التفصيل في نصب الراية ص١٧٨ ج٣. (٣) مسلم ص٤٥٢ ج١ و ابوداود باب في نكاح المتعة ص٢٩٠ ج١ و النسائي ص٩٠ ج٢ و ابن ماجة ص١٤٢ و نصب الراية ص١٧٧ ج٣. (٤) المتعة بالنصب و النكاح بالرفع و نحوه عند الدارقطني ص٢٥٩ ج٣ و نصب الراية ص١٨٠ ج٣. (٥) مسلم ص٤٥١ ج١. (٦) البيهقي في سننه باب نكاح المتعة ص٢٠٧ ج٧.

و ابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع و النكاح المؤقت باطل

وسلم متعة النساء ثلاثة أيام ثم نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم. و منها ما رواه ابوداود(١) في سننه من حديث الزهري قال كنا عند عمر بن عبدالعزيز رحمه الله فتذاكرنا متعة النساء فقال رجل يقال له الربيع بن سبرة أشهد على أبي انه حدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها في حجة الوداع. ثم أجمعت الصحابة رضي الله تعالى عنهم على أن المتعة قد انتسخت في حياة النبي صلي الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة، و الاجماع مظهر لان نسخ الكتاب و السنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح. فان قلت ما وجه الاختلاف المذكور في وقت تحريم المتعة لانه جاء في زمن خيبر و في غزوة تبوك و في عام اوطاس و في حجة الوداع، قلت قال المازري رحمه الله تعالى(٢) يصح أن ينهى عنها في زمن ثم ينهى عنها في زمن آخر توكيداً، او يشتهر النهي و يسمعه من لم يكن سمعه اولا فسمع بعض الرواة في زمن و سمعه آخرون في زمن آخر فنقل كل منهم ما سمعه و اضافه الى زمن سماعه، و قال بعضهم هذا مما تداوله التحريم و الاباحة مرتين والله اعلم. و قال النووي(٣) الصواب المختار ان التحريم و الاباحة كانا مرتين فكانت حلالاً قبل خيبر، ثم حرمت يوم خيبر ثم ابيحت يوم فتح مكة، و هو يوم أوطاس، ثم حرمت يومئذ بعد ثلاثة آيام تحريماً مؤبداً الى يوم القيامة و استمر التحريم. (و ابن عباس رضي الله صح رجوعه(٤) الى قولهم) هذا جواب عما يقال اين الاجماع و قد كان ابن عباس مخالفاً فاجاب بقوله و ابن عباس صح رجوعه عن اباحة المتعة الى قول الصحابة في تحريمها، و روى جابر بن زيد أن ابن عباس رضي الله عنه ماخرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف و المتعة (فتقرر الاجماع) أي اجماع الصحابة في تحريمها. (و النكاح المؤقت باطل) و هو قول عامة الفقهاء، و في المحيط كل نكاح مؤقت متعة، و في ملتقى البحار

---

(١) ابوداود ص٢٩٠ ج١ و في الباب احاديث اخرى راجع نصب الراية و مسلم و غيرهما. (٢) قال المازري الخ كذا في شرح المسلم للنووي رحمه الله تعالى و قد اجاد بسرد بعض اطراف الموضوع ص٤٥٠ ج١. (٣) النووي رحمه الله تعالى في شرح المسلم ص٤٥٠ ج١. (٤) صح رجوعه الخ روى الترمذي في باب نكاح المتعة ص١٣٣ ج١ باسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدّم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه و تصلح له شيئه حتى اذا نزلت الآية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام. و سكت عنه قال الترمذي و انما روى عن ابن عباس شيء من الرخصة في المتعة ثم رجع عن قوله حيث اخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم. كذا في نصب الراية ص١٨٢ ج٣.

مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام. و قال زفر رحمه الله تعالى هو صحيح لازم، لان النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة و لنا أنه أتى بمعنى المتعة، و العبرة في العقود للمعانى، و لا فرق بين ما اذا طالت مدة التوقيت او قصرت،

النكاح المؤقت في معنى المتعة عندنا خلاف لزفر (مثل أن يتزوج الرجل امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام) هذه صورة النكاح المؤقت، و قوله - عشرة أيام - ليس بقيد، و كذا قوله شهراً او سنة و نحوهما، و الفرق(١) بذكر لفظ التزوج في المؤقت دون المتعة، و كذا بالشهادة فيه دون المتعة، و حكى ابن عبد البر و ابن قدامة(٢) الحنبلي و النووي عن زفر أن نكاح المتعة يصح و يتأبد عنده. قال السروجي و نقلهم غلط، و انما قال زفر في النكاح المؤقت كما ذكرته عن أصحابنا، و هو الذي ذكره المصنف وغيره (و قال زفر رحمه الله تعالى هو صحيح لازم) (٣) اى النكاح المؤقت صحيح، و التوقيت باطل لانه أتى بالايجاب، و الشرط الزائد على ما يتم به النكاح، فصح الايجاب و بطل الشرط (لان النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة) كما لو تزوجها بشرط أن يطلقها بعد شهر، و عن ابراهيم النخعي النكاح يهدم الشرط و الشرط يهدم البيع، و ذلك لان النكاح من الاسقاطات لان معناه سقوط حرمة البضع في حق الزوج الا انه شرع ملكاً ضرورياً لاجل شرعية الطلاق، و لهذا لايبطل بالشرط الفاسد. (و لنا انه) اي النكاح بالتوقيت (أتى بلفظ المتعة) يعني أتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح، و هو موجود فيما نحن فيه، لانها لاتحصل في مدة قليلة (و العبرة في العقود للمعاني) لا للالفاظ ألا ترى ان الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، و الحوالة بشرط مطالبة الاصل كفالة (و لا فرق بين ما اذا طالت مدة التوقيت او قصرت) احترز به عن قول الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما لم يعلم(٤) انهما يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحاً لانه في معنى التأبيد، و هو رواية عن ابي حنيفة، و اشار الى وجه الظاهر

---

(١) و الفرق الخ و في العناية ص١٥٠ ج٣ و الذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا في نكاح المتعة و الثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج او النكاح و ان تكون المدة متعينة انتهى. (٢) ابن قدامة في المغنى ص٥٧١ ج٧ و النووي في شرح المسلم ص٤٥٠ ج١. (٣) لازم اى يصير ابديا لان التوقيت باطل و في العناية صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح و النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة. (٤) مالم يعلم انهما يعيشان اليه. و لفظ فتح القدير مدة لايعيشان اليها و لفظ العناية و الكفاية ما يعلم انهما لايعيشان اليه.

لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة و قد وجد. و من تزوج امرأتين في عقدة واحدة و احداهما لايحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها و بطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر و عبد في

بقوله (لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة و قد وجد) لان مقتضى قوله تزوجتك التأبيد، لانه لم يوضع شرعاً الا لذلك، و لكنه يحتمل المتعة، فاذا قال الى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى، و في هذا المعنى المدة القليلة و الكثيرة سواء، و استشكل(١) هذه المسألة بما اذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر، فان النكاح صحيح، و الشرط باطل، و لا فرق بينهما و بين ما نحن فيه. و أجيب بان الفرق بينهما ظاهر، لان الطلاق قاطع للنكاح، فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً، و لهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح، فكان النكاح صحيحاً و الشرط باطلاً. و أما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه، و لهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما في الاجارة، و قال الكاكي و مما يتعلق بمحلية النكاح ان المناكحة بين اهل السنة و الاعتزال، قال الامام الرسغيني لايجوز، و قال الامام الفضل من قال انا مؤمن ان شاء الله فهو كافر لايجوز نكاح نسائهم، و قال ابوحفص الكردي لاينبغى ان يزوج الحنفي بنته من الشافعي المذهب و لكن يتزوج بنتهم، و في فتاوى الصغرى قال بعض المشايخ يجوز ان يزوج بنته من الشفعوي، و قياس ما ذكر الفضل لايجوز، و قيل لابأس بتزوج النهاريات و هو أن يتزوجها على أن يأتيها نهاراً دون الليل، و كره ابن سيرين و حماد هذا القيد. و عن ابن دينار من المالكية يفسخ قبل البناء و بعضهم قالوا يفسخ قبل البناء و يثبت بعده و يأتيها ليلاً و نهاراً، قاله اصبغ لانه مؤبد و يلغو الشرط، و لو نكح مطلقاً و نيته ان مكث معها مدة فنكاحه صحيح، و شذ الاوزاعي في جعله متعة، ذكره النووي في شرح مسلم(٢) (و من تزوج امرأتين في عقدة واحدة و احداهما لايحل له نكاحها) بان تكون مجوسية او وثنية او معتدة الغير او منكوحته (صح نكاح التي حل نكاحها و بطل نكاح الأخرى) باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و قال السروجي و هو قول الجمهور من العلماء و أحد قولي الشافعي و ابن حنبل رحمهما الله تعالى. (لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر و عبد في

---

(١) و استشكل الخ كذا في العناية. (٢) شرح مسلم ص ٤٥٠ ج١ و فيه قال القاضي عياض رحمه الله تعالى و اجمعوا على ان من نكح نكاحا مطلقا و نيته ان لا يمكث معها الا مدة نواها فنكاحه صحيح حلال و ليس نكاح متعة و انما نكاح المتعة ما وقع بالشرط المذكور و لكن قال مالك ليس هذا من اخلاق الناس و شذ الاوزاعي فقال هو نكاح متعة و لا خير فيه انتهى.

البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة، و قبول العقد في الحر شرط فيه، ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يقسم على مهر مثليهما و هي مسألة الاصل. و من ادعت عليه امرأة أنه تزوجها و أقامت بينة فجعلها القاضي امرأته و لم يكن تزوجها وسعها المقام معه و أن تدعه يجامعها، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله

البيع) اي في عقدة واحدة حيث يفسد البيع في العبد (لانه) أي لان البيع (يبطل بالشروط الفاسدة) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى(١) عن بيع و شرط، بخلاف النكاح، و ايضا الشرط في البيع بمنزلة القمار لانه مقابلة مال بمال، و لا كذلك النكاح، و فرق آخر، و هو أن الحر لم يدخل تحت العقد فكان بيعاً للعبد بالحصة ابتداء، و هو فاسد، و النكاح لايفسد بذلك، و يدل على التفرقة بينهما انه لو قال بعتك هذا العبد بقيمته او لم يذكر شيئا كان البيع فاسداً و لو قال زوجتك ابنتي بمهر المثل او لم يذكر شيئاً كان النكاح صحيحاً و يجب مهر المثل. (و قبول العقد في الحر شرط فيه) أي في تصحيح البيع في العبد، لانه لو لم يكن كذلك لزم تفريق الصفقة و ذلك حرام، و شرط قبول الحر شرط فاسد، و البيع يبطل بالشروط الفاسدة لا النكاح (ثم جميع المسمى) في العقد يكون (للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (و عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد (يقسم على مهر مثليهما) و به قال الشافعي في قول و أحمد رحمهما الله تعالى و في قول تستحق مهر المثل لفساد المسمى بجهالة، و به قال مالك في قول، و في المغنى(٢) تزوج اربعاً في عقدة واحدة بمهر واحد صح النكاح و المهر و كذا في اشهر قولي الشافعي و ابن حنبل، و عنهما يجب لكل واحدة مهر مثلها (و هي مسألة الاصل) اي المبسوط. (و من ادعت عليه امرأة أنه تزوجها و أقامت بينة فجعلها القاضي امرأته) بمقتضى شهادة البينة (و لم يكن تزوجها) أي و الحال ان الرجل لم يكن تزوج هذه المرأة (وسعها المقام معه) بفتح الميم و ضمها أي وسع المرأة الاقامة مع الزوج (و أن تدعه) أي وسعها ايضا أن تتركه (يجامعها و هذا) أي هذا المذكور من الحكم (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و هذه المسألة ملقبة(٣) بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود و

---

(١) نهى عن بيع و شرط الحديث رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده كذا في نصب الراية ص١٧ ج٤. (٢) المغنى ص٨٣ ج٨. (٣) ملقبة الخ راجع العناية و فتح القدير ص١٥٤ ج٣ و عمدة القاري كتاب الحيل باب شهادة الزور في النكاح ص١١٦ ج٢٤ و لامع الدراري ص٤٠٩ ج٣ و فيض الباري ص٤٨٣ ج٤ و رسالة قال بعض الناس الخ ص٢٠ المطبوعة مع الصحيح البخاري للعلامة المحدث الشيخ احمد على السهارنفوري الهندي قدس سره العزيز.

و هو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى أولا، و في قوله الآخر و هو قول محمد رحمه الله تعالى لايسعه أن يطأها و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار، و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة

الفسوخ ينفذ عند ابي حنيفة ظاهراً و باطناً، و معنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بينا بثبوت التمكين و النفقة و القسم و غير ذلك، و معنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى (و هو قول ابي يوسف اولاً) أي قول ابي حنيفة قول أبي يوسف أولاً. (و في قوله الآخر) أي قول ابي يوسف آخراً (و هو قول محمد رحمهم الله تعالى لايسعه أن يطأها و هو) أي قول محمد (قول الشافعي رحمه الله تعالى) و قول مالك و احمد رحمهما الله تعالى أيضاً، و على هذا الاختلاف في البيع، فلو ادعى بيع جارية و لم يبعها في الواقع قضى القاضي بالجارية للمدعى(١) حل وطأها عنده خلافاً لهم، و كذا لو ادعت المرأة الطلقات الثلاثة على زوجها و هو ينكر، و أقامت بينة و لم يكن طلقها في الواقع فقضى القاضي بالطلقات الثلاث، و تزوجت بزوج آخر حل للثاني أن يطأها عنده، و عندهما لاتحل للأول و لا للثاني، و كذا الاختلاف في الفسخ. و الحاصل في المسألة اربعة أقاويل(٢) فابوحنيفة يقول للثاني لا للأول و عندهما(٣) لاتحل للثاني و لا للأول للحرمة، و الشافعي يقول يطأها الاول سراً و الثاني علانية، و فيه اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد و هو قبيح، و الاوجه ما قاله ابوحنيفة رحمه الله تعالى كذا في جامع المحبوبي. (لان القاضي أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة) بالفتحات جمع كاذب، و الخطأ في الحجة منع النفوذ باطناً (كما اذا ظهر انهم) أي الشهود (عبيد او كفار) او محدودون في القذف، و المشهود له يعلم بحالهم و القاضي لايعلم فان قضائه ينفذ ظاهراً لا باطناً، و كذا لو قضى بنكاح منكوحة الغير او معتدة الغير بشهادة الزور فانه ينعقد ظاهراً لا باطناً بالاجماع. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الشهود صدقة) بالفتحات جمع صادق (عنده) أي عند القاضي (و هو الحجة) أى صدق

---

(١) للمدعى اى لمدعى الشراء كذا في الفتح. (٢) اربع اقاويل الخ كذا في الاصل لكن المذكور بعده ثلاثة اقاويل نعم في الكفاية ص١٥٦ ج٣ زاد قولا رابعا حيث قال و ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى أن على قول محمد رحمه الله تعالى يحل للاول وطئها قبل دخول الثاني و اذا دخل لايحل الوطئ للاول لوجوب العدة عليها من الثاني كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة انتهى. (٣) و عندهما الخ و في الكفاية ص١٥٦ ج٣ ثم فيما ذهب اليه ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى انها لاتحل للاول و لا للثاني فلاتتمكن من التزوج بزوج آخر و فيه ضرر عليها و فيما قاله الشافعي رحمه الله تعالى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد و هو =>

لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر و الرق لان الوقوف عليهما متيسر. و اذا ابتنى القضاء على الحجة و امكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة

الشهود عند القاضي هو الحجة (لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق) الحاصل أن القاضي مأمور بالقضاء ببينة صادقة، والتكليف بحسب الوسع و ليس في وسعه الوقوف على صدق الشهود حقيقة، و لهذا إذا أقيمت البينة و ثبت عنده صدقهم بالتعديل او غيره يحب القضاء، حتى لو لم ير ذلك على نفسه يكفر، و لو أخره يفسق، و رجح هاهنا صدقهم بالتعديل في ظنه فيلزمه، فوجب تصحيح قضائه أن أمكن. (بخلاف الكفر و الرق) هذا جواب عن قولهما فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار، تقريره أن العبد و الكافر يعرفون بسيماهم (لان الوقوف عليهما متيسر) بالامارات (و اذا ابتنى القضاء) على صيغة المجهول (على الحجة) و هي الشهادة الصادقة عند القاضي (و أمكن تنفيذه) أي تنفيذ الحكم (باطناً بتقديم النكاح) فقوله بتقديم النكاح جواب عما يقال القضاء اظهار ما كان ثابتاً لا اثبات ما لم يكن، والنكاح لم يكن ثابتاً، فكيف ينفذ القضاء باطناً، فاجاب بقوله بتقديم النكاح، يعني بتقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء، كانه قال أنكحتك اياه و حكمت بينكما بذلك (نفذ قطعاً للمنازعة) يحل له أن يطأها لئلا تنازعه في طلب الوطئ ثانياً. فان قيل(١) إن كان قضاؤه متضمنا انشاء العقد سابقاً فليشترط الشهود عند قوله قضيت. قلنا قال شمس الائمة السرخسي وغيره أنه لاينعقد باطناً بقوله قضيت الا بمحضر الشهود، و به أخذ عامة المشايخ، و هو قول الزعفراني، و قيل(٢) لايشترط حضور الشهود لقضائه لان العقد يثبت بمقتضى صحة قضائه في الباطن، و ما يثبت بمقتضى صحة الغير لايثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك، عني بألف. و قد جرى للاكمل في هذه المسألة بحث مع شخص يعرفه من اذكياء المغاربة و ذكره(٣) في شرحه ثم قال و امامنا في هذه المسألة على رضي الله تعالى عنه و أقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما، فقالت المرأة ان لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه، فقال علي رضي الله تعالى عنه شاهداك زوجاك، و لو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع عن العقد عند طلبها و رغبة الزوج فيها، و قد كان في ذلك

=> قبيح فعرفنا ان الاوجه ما ذهب اليه ابوحنيفة رحمه الله تعالى كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله تعالى انتهى.(١) فان قيل الخ كذا في العناية. (٢) و قيل لايشترط الخ و عبارة العناية انشاء النكاح لايثبت مقصودا و انما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن و المقتضى لاتراعى شرائطه التى يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عنى بالف درهم و هو الجواب عن سقوط الايجاب و القبول انتهى. (٣) و ذكره الخ و كذلك ذكره ابن الهمام في الفتح ص١٥٥ ج٣ مع النقد عليه.

بخلاف الاملاك المرسلة، لان في الاسباب تزاحماً فلا امكان و الله اعلم.

باب في الاولياء و الاكفاء

و ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها و ان لم يعقد عليها ولي، بكراً كانت او ثيباً عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى في ظاهر الرواية،

تحصينهما من الزنا، و كان ذلك منه قضاء بشهادة الزور (بخلاف الاملاك المرسلة) أي المطلقة عن اثبات سبب الملك إن ادعى ملكاً مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين شراء او ارث لاينعقد القضاء فيها الا ظاهراً بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطأها (لان في الاسباب تزاحماً) لانها كثيرة و لايمكن للقاضي(١) تعيين شيء منها بدون الحجة (فلا امكان) في تنفيذه الا ظاهراً، لانه لايمكن تقديم شيء من أسباب الملك في القضاء لعدم اولوية بعضها على بعض و لايمكن تقديم الكل للاستحالة بخلاف القضاء بالنكاح، لان طريقه متعين من الوجه. قلنا فيمكن تنفيذه و اثباته في الهبة و الصدقة، و عن أبي حنيفة روايتان في رواية الحقها بالانكحة من حيث انها تحتاج الى الايجاب و القبول، و في رواية الحقها بالاملاك المرسلة لانه لا ولاية للقاضي على تمليك مال الغير بغير عوض.

(باب في الاولياء و الاكفاء)

لما ذكر النكاح و ألفاظه و محله شرع في بيان العاقد و الولي، أي هذا باب في بيان حال الاولياء و الاكفاء، و الاولياء جمع ولي و هو المالك، يقال ولي اليتيم و الكفيل أي مالك أمرهما. و الاكفاء جمع كفء و هو النظير، و منه كافأه أي ساواه. (و ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها و إن لم يعقد عليها ولي) يعني هي زوجت نفسها بنفسها سواء (كانت بكراً او ثيباً) و احترز به عن قول أصحاب الظاهر، فانهم فصلوا بين البكر و الثيب، فقالوا ان كانت بكراً لايصح نكاحها بغير ولي، و إن كانت ثيباً صح (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى في ظاهر الرواية) احتز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه قال ان كان الزوج كفوًا لها جاز النكاح

---

(١) و لايمكن للقاضي الخ و في الكفاية ثم انما لايثبت الملك هناك للمقضى له لانه لايتوجه على القاضي القضاء بالملك لان التكليف بحسب الوسع و ليس في وسعه اثبات الملك لانسان بغير سبب و اسباب الملك كثيرة لايمكن تعيين شيء منها بدون الحجة فعرفنا انه غير مخاطب بالقضاء بالملك و انما يصير مخاطبا باليد و ذالك نافذ منه و اما ههنا توجه عليه القضاء بالنكاح لان طريقه متعين توضيحه ان القاضي لايقول هنالك للمدعى ملكتك هذا المال بل تقصر يد المدعي عليه من المال و ههنا يقول قضيت بالنكاح بينكما و جعلتها زوجة لك الخ.

و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لاينعقد الا بولي وعند محمد رحمه الله تعالى ينعقد موقوفاً. و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى لاينعقد النكاح بعبارة النساء اصلاً

و الا فلا. (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى) يعني في غير ظاهر الرواية (انه لاينعقد الا بولي) كان ابويوسف رحمه الله يقول اولا لايجوز تزويج نفسها من كفء و غيركفء اذا كان لها ولي ثم رجع و قال ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح و الا فلا ثم رجع و قال صح النكاح سواء كان الزوج كفواً لها او لا، و ذكر الطحاوي قول ابي يوسف أن الزوج اذا كان كفوا لها أمر القاضي الولي باجازة العقد، فان اجاز جاز و إن أبى لم ينفسخ، و لكن يجيزه القاضي فيجوزذكره في المبسوط(١) (و عند محمد رحمه الله تعالى موقوفاً) على اجازة الولي سواء كان الزوج كفوءاً لها او لا، فان اجاز الولي جاز و الا فلا، و من العلماء من قال إن كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضى الولي، و إن كانت فقيرة خسيسة يجوز تزويجها نفسها بغير رضى الولي. (و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى(٢) لاينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا) و لا توكيلهن، و لابد من الولي او السلطان عند عدمه، و يروى ذلك عن بعض الصحابة و التابعين و من بعدهم و قال مالك رحمه الله تعالى ان كانت ذات حسن و جمال و شرف او مال يرغل في مثلها لم يصح نكاحها الا بولي و إن كانت بخلاف ذلك جاز أن يتولى نكاحها أجنبي برضاها، و لاتتولاه بنفسها، قيل هذا النقل عنه غلط، و الصحيح عنه أن الدنية إن زوجها الجار أو غيره ممن ليس بولي جاز، و التي لها موضع، فان زوجها غير الولي فرق بينهما، فان أجازه الولي او السلطان جاز. و الشافعي و احمد شرطا الولي في الكل، و استدلا بقوله تعالى فلاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن، قال الشافعي هذه ابين آية في كتاب الله عزوجل تدل على ان النكاح بغير ولي لايجوز لانه نهى الولي عن العضل، أي المنع، و المنع انما يتحقق منه اذا كان الممنوع في يده اذ الخطاب للاولياء، و روى البخاري(٣) و أبوداود و الترمذي و النسائى من

---

(١) المبسوط للسرخسي باب النكاح بغير ولي ص١٠ ج٥ و راجع لهذا البحث فتح القدير ص١٥٧ و ١٦٢ ج٣ و المبسوط للسرخسي ص١٠ ج٥ و اعلاء السنن ص٦٥ ج١١ و مابعده و اوجز المسالك في اوائل كتاب النكاح ص٢٣٩ و ص٢٤٢ ج٤ و المغنى ص٣٣٧ ج٧ و تكملة شرح المهذب باب مايصح به النكاح ص١٤٦ ج١٦ و احكام القرآن للجصاص ص٤٠١ ج١ وعمدة القاري باب عرض الانسان ابنته او اخته على اهل الخير ص١١٥ و ص١٢٨ ج٢٠ و فتح الباري باب من قال لانكاح الا بولي ص٢٢٩ و ص٢٣٩ الى ٢٤٦ ج٩. (١) و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى و به قال الامام احمد رحمه الله تعالى كما في المغني و تكملة شرح المهذب. (٢) البخاري باب لانكاح الا بولي ص٧٧٠ ج٢ و لفظ الحديث قال زوجت اختا لي من رجل و طلقها حتى اذا =>

رواية الحسن عن معقل بن يسار رضي الله تعالى عنه قال كانت لي اخت تخطب الى فامنعها... الحديث، فانزل الله تعالى هذه الآية فلاتعضلوهن و روى الترمذي(١) حديث سفيان بن عيينة عن ابي جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل الحديث، و أخرجه ابوداود و ابن ماجة ايضاً، و روى الترمذي(٢) من حديث ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولي. و أخرج الدارقطني(٣) في سننه من حديث قتادة عن الحسن عن عمران بن حصين عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لانكاح الا بولي و شاهدي عدل. و روى الدارقطني(٤) أيضا من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي و شاهدي عدل، رواه الحاكم(٥) من حديث أنس رضي الله تعالى عنه لانكاح الا بولي، رواه البيهقي(٦) من حديث الحسن عن عمران بن حصين، قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا يجوز النكاح الا بولي و شاهدي عدل. و روى ابن ماجة(٧) من رواية هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله

=> انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك و افرشتك و اكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لاتعود اليك ابدا فانزل الله هذه الآية فلاتعضلوهن الحديث و ابوداود باب في العضل ص٢٩١ ج١ و الترمذي كتاب التفسير ص١٢٢ ج٢ و راجع لتفصيل الاحاديث نصب الراية ص١٨٢ الى ص١٩٦ ج٣ و فتح القدير ص١٥٩ ج٣. (١) الترمذي باب لانكاح الا بولي ص١٣٠ ج١ و ابوداد باب في الولي ص٢٩١ ج١ و ابن ماجة باب لا نكاح الا بولي ص١٣٦ و نصب الراية ص١٨٤ ج٣. (٢) الترمذي باب لا نكاح الا بولي ص١٣٠ ج١ و ابوداود ص٢٩١ و ابن ماجة ص١٣٦ و الحاكم في المستدرك ص١٦٩ ج٢ و نصب الراية ص١٨٣ ج٣. (٣) الدارقطني ص٢٢٥ ج٣ عن ابن مسعود رضي الله عنه و نصب الراية ص١٨٩ ج٣. (٤) الدارقطني ايضا عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه و نصب الراية ص١٨٩ ج٣. (٥) الحاكم و في نصب الراية ص١٨٤ ج٣ قال (الحاكم) و في الباب عن علي بن ابي طالب و عبدالله بن عباس و معاذ بن جبل و عبدالله بن عمر و ابي ذر و المقداد بن الاسود و عبدالله بن مسعود و جابر بن عبدالله و ابي هريرة و عمران بن حصين و عبدالله بن عمرو والمسور بن مخرمة و انس بن مالك رضي الله تعالى عنهم و اكثرها صحيحة و قد صحت الرواية فيه عن عائشة و ام سلمة و زينب بنت جحش رضي الله تعالى عنهن انتهى. (٦) البيهقي في سننه باب لا نكاح الا بشاهدين عدلين ص١٢٥ ج٧. (٧) ابن ماجة باب لا نكاح الا بولي ص١٣٦ و الدارقطني ص٢٢٧ ج٣ و نصب الراية ص١٨٨ ج٣.

لان النكاح يراد لمقاصده و التفويض اليهن مخل بها. الا ان محمداً يقول يرتفع الخلل باجازة الولي.

صلي الله عليه وسلم لاتزوج المرأة المرأة، و لاتزوج المرأة نفسها، فان الزانية هي التي تزوج نفسها. و روى ابن عدي في الكامل من حديث قبيصة بن ذويب عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجت بغير ولي فهي زانية. و روى الطبراني(١) في الاوسط من حديث ابي سفيان عن جابر رضي الله تعالى عنه مرفوعاً لانكاح الا بولي، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له. و روى ابن عدي(٢) في الكامل من حديث اصبغ بن نباتة عن علي رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل، فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له. و في الباب(٣) أيضا عن عبدالله بن عمر و أبي ذر و المقداد بن الاسود و المسور بن مخرمة و أم سلمة و زينب بنت جحش رضي الله تعالى عنهم. و أما استدلالهم بطريق المعقول فهو ما اشار اليه المصنف بقوله (لان النكاح يراد لمقاصده) و مقاصده معان تستدعي التوافق بينهما عادة و لايوقف عليها الا بالعقل الكامل، و عقلها ناقص بالحديث(٤) (و التفويض اليهن) أي تفويض عقد النكاح الى النساء (مخل بها) أي بمقاصد النكاح، لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لاسيما عند هيجان الشهوة، فان الشهوة اذا ثارت حجبت العقول من تحسين النظر في العواقب، فلو فوض اليهن ربما يعصين أنفسهن في عار لايحرم و لاينقص قلنا هذا مردود بما أذن لها الولي فان يأذن الولي ينجبر الخلل، فكان الواجب الجواز حينئذ و هم لايقولون به. و أشار الى هذا بقوله (الا ان محمد رحمه الله تعالى يقول يرتفع الخلل باجازة الولي) و الاستثناء من قوله – مخل بها – فالذي قاله محمد جواب بالرد لما قال الخصم، و تقرير ما قاله محمد أن الضرر الموهوم ينتفي باجازة الولي و لا خلل في نفس العقد فيصح موقوفاً باجازة الولي. و قالوا أيضا ينفذ عقد الولي عليها بسكوتها عنده، و لو لم يكن له ولاية عليها لم ينفذ بسكوتها كالاجنبي. قلنا سكوتها

---

(١) الطبراني كذا في نصب الراية ص١٨٨ ج٣. (٢) ابن عدي الخ كذا في نصب الراية ص١٨٩ ج٣. (٣) و في الباب الخ راجع هذه الحاشية في الصفحة السابقة. (٤) الحديث اخرج البخاري في كتاب الحيض باب ترك الحائض الصوم ص٤٤ ج١ عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في اضحى او فطر الى المصلى فمر على النساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني اريتكن اكثر أهل النار فقلن و بم يارسول الله قال تكثرن اللعن و تكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل و دين اذهب للب الرجل الحازم من احداكن الحديث.

و وجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها و هي من أهله لكونها عاقلة مميزة و لهذا كان لها التصرف في المال و لها اختيار الازواج

إذن منها بجعل الشارع ذلك إذناً منها فلم ينفذ بسكوتها الا باذنها كوكيلها. قالوا يجب على الولي تزويجها عند طلبها و لو لم يكن له ولاية لما وجب ذلك عليه. قلنا هذا ممنوع بل هي تاذن لمن يزوجها أو تباشر بنفسها قالوا قام بها وصف نقص بسلب أهلية الامانة العامة والخاصة، و سلب الشهادة فيما يندرئ بالشبهات، و سقوط الجمعة و الجماعات فصارت كالرقيق. قلنا هذا قياس شبهة باطل، و النكاح ليس من الحدود و لا مما يندرئ بالشبهات، و انما سقطت الجمعة و الجماعات للفتنة. و قولهم لم يبطل بالمسافر و لاتسلب عنه الولاية و لاتوصف بسببه بالنقص. قالوا ان الولاية تبقى عليها بعد بلوغها بقبض صداقها في حق الضم و الاسكان. قلنا هذا لخوف الفتنة عليها. قالوا انها قاصرة في البضع، و لهذا لاتسافر وحدها، قلنا هذا بسفر الحج يبطل فانها تسافر بغير محرم و لا زوج عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى. (و وجه الجواز) أي جواز عقد النكاح المرأة الحرة العاقلة البالغة برضاها و إن لم يعقد عليها ولي (انها تصرفت في خالص حقها) حتى كان البدل الواجب بمقابلتها لها (و هي من أهله) أي المرأة من أهل التصرف في خالص حقها (لكونها عاقلة مميزة و لهذا) أي و لاجل كونها عاقلة مميزة (كان لها التصرف في المال، و لها اختيار الازواج) بالاتفاق و كل تصرف هذا شأنه فهو جائز. فان قلت(١) لانسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاولياء و لهذا لايجوز اذا لم يكن بكفؤ في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلايرد عليه، و أما على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها و ايجاب النفقة و الكسوة و المهر و السكنى و نحوها، و كل ذلك خالص حقها فلايعتبر بالعارض من لحوق العار بالاولياء. فان قيل هذا استدلال بالرأى في مقابلة الكتاب و السنة و مثله فاسد، أما الكتاب فقوله تعالى فلاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولي عن العضل و هو المنع، و انما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع في يده. و أما السنة فهي الاحاديث التي ذكرناها فنجيب اولا عن الآية ثم عن الاحاديث، فنقول الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح، فدل على انهن يملكنه، و إن قوله تعالى فلاجناح عليهن فيما فعلن في انفسهن و قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غير و قوله تعالى أن ينكحن أزواجهن يعارضها. و أما الجواب عن الاحاديث فيأتي واحداً واحداً فنقول اولا عن استدلال الشافعي و

---

(١) فان قلت الخ كذا في العناية ص١٥٨ ج٣.

احمد رحمهما الله تعالى بقوله تعالى فلاتعضلوهن أن ينكحن ازواجهن انه يدل على نكاحها بمباشرتها من غير اذن الولي من وجوه، الاول: أن الله تعالى أضاف العقد اليها، الثاني: أن نهيه تعالى عن العضل اذا تراضى الزوجان. الثالث: أن العضل اسم مشترك بمنع المنع و بمعنى الضيق و الداء العضال، و ذلك كله ظاهر في منعها من الخروج و المراسلة في عقد النكاح، و الاظهر في الآية أن الخطاب للازواج لا للاولياء، قال الله تعالى و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف و ذلك بالحبس و تطويل العدة عليهن لقوله تعالى ضرارا لتعتدوا و كان يطلقون فيراجعون اذا قرب انقضاء عدتهن من غير حاجة ضراراً. و قال الامام فخر الدين بن الخطيب رحمه الله تعالي المختار انّه خطاب للازواج لا للاولياء، قال و تمسك الشافعي رحمه الله تعالى بها ممنوع على المختار، رواه ابن عباس رضي الله تعالى عنه و ايضا ثبوته في حق الولي ممتنع، لانه مهما عزل؟ فلايبقى لعضله اثر. و أما الجواب عن حديث معقل بن يسار رضي الله تعالى عنه فان الرازي قال في طريقه مجهول فلايكون حجة عندهم. و أما حديث عائشة رضي الله عنها فمداره على الزهري و ابن جريج سأله عنه فلم يعرفه(١) و في رواية فأنكره فسقط اعتباره. و قال الطحاوي(٢) قد يثبت عن عائشة رضي الله تعالى عنها ما يخالف هذا الحديث، فانها زوجت حفصة بنت عبدالرحمن من المنذر بن الزبير و عبد الرحمن غائب بالشام، و لما قدم قال أمثلي يصنع به هذا و يفتات عليه، فكلمت عائشة رضي الله تعالى عنها المنذر، فقال المنذر إن ذلك بيد عبدالرحمن، فقال عبدالرحمن ما كنت أرد أمراً قضيتيه فقرت حفصة عنده و لم يكن ذلك طلاقاً، قال فلما رأت عائشة تزويجها جائزاً مستقيماً استحال عندنا أن تكون ترى لك و قد علمت ما نسب اليها من رواية الزهري. فان قلت قال ابن حزم في المحلى هذا مشهور عنها ثم ذكر نكاح عائشة حفصة و فيه أمرت رجلاً فانكح، ثم قالت ليس الى النساء النكاح، قال فصح يقيناً بهذا رجوعها عن العمل الاول قال كتب الى داود بن باشاه بهذا قلت قال السروجي ما أجهله بالفقه و أصوله، و هل يقول أحد في العالم أن كتاب ابن باشاه يفيد اليقين و العلم الضروري مع أنه لايعرف صحة سنده و لايعرف من روى هذا لداود بن باشاه و خبر الواحد بالمشافهة لايفيد يقيناً فما ظنك بكتابه. فان قلت هذا

(١) فلم يعرفه الخ كذا في نصب الراية ص١٨٥ ج٣ بحوالة مسند احمد و الترمذي ص١٣٠ ج١. (٢) الطحاوي في شرح معاني الاثار باب النكاح بغير ولي عصبة ص٧ ج٢ و رواه مالك في المؤطا في اوائل كتاب الطلاق ص٥١٣.

الحديث قد روى بطرق كثيرة. قلت(١) في طريق يزيد بن سنان ابوفروة الرهاروي، قال احمد و علي ابن المديني ابوفروة و الدارقطني هو ضعيف، و قال يحي ليس بشيء، و قال النسائى و الازدي متروك الحديث و فيها نوح بن دراج قال يحي ليس بثقة و لايدري ما الحديث و قال النسائي متروك الحديث. و فيها عبدالله بن حكيم ابوبكر يروى عن هشام بن عروة، قال يحي و علي و احدم ليس بشيء و لايكتب حديثه، و فيها ابوالخصيب و هو مجهول، و فيها عطاء بن عجلان الحنفي العطار قال الترمذي ذاهب الحديث و فيها ابومالك ضعفه مسلم، و فيها الحجاج بن ارطاة و فيه كلام كثير، و فيها عبدالله بن لهيعة و هو معروف الحال، و العجب أنهم يضعفونه، و هو عند كون الحديث عليهم، و يحتجون به عند كون الحديث لهم، و فيها ابن ربيعة ضعفه ابن معين و قال ليس بشيء. و أما حديث أبي موسى الاشعري فرواه ابواسحاق عن ابي بردة فارسله شعبة و سفيان الثوري و ابواسحاق مدلس و قد قال عن ابي بردة فلايكون حجة. و أما حديث ابن مسعود رضي الله عنه ففيه بكر بن بكار، قال يحي ليس بشيء. و أما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ففيه ثابت بن زهير قال ابوحاتم منكر الحديث، و ضعفه ابن عدي و ابن حبان. و قال ابوداود موقوف على ابن عمر. و أما حديث عمران بن حصين رضي الله عنه فقد قال السروجي ليس له حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم و انما رواه عن ابن مسعود رضي الله عنه. و أما حديث ابي هريرة رضي الله عنه ففيه جميل بن الحسن الجهضمي و مسلم بن ابي مسلم لايعرفان. و أما حديث معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه ففيه نوح بن ابي مريم ابوعصمة ضعفه ابن معين و الدارقطني. و أما حديث جابر رضي الله تعالى عنه ففيه بقية بن الوليد ابومحمد الحمصي و كان مدلساً، و قال ابومسهر(٢) بقية غير ثقة، و يروى عن قوم مجهولين متروكين لايحتج بهم. و أما حديث علي رضي الله تعالى عنه ففيه اصبغ بن نباتة ابوالقاسم الحنظلي ليس بثقة و لايساوي شيئاً، قاله ابن معين و قال النسائى متروك الحديث و قبله عمر بن صبح بن عمران التميمي ابونعيم، قال انا الذي وضعت خطبة النبي صلى الله عليه وسلم و كان يضع الحديث(٣) و في الجملة قد ضعف البخاري هذه الاحاديث، و قال يحي بن معين و اسحاق بن راهويه ينسب

---

(١) قلت الخ و قد تكلم على رواة بعض هذه الاحاديث في نصب الراية و حاشية الدارقطني ص٢٢٥ ج٣ و عمدة القاري ص١١٦ ج٢٠. (٢) و في تهذيب التهذيب ص٤٧٦ ج١ قال ابومسهر بقية ليست احاديثه نقية فكن منها على تقية انتهى و قد اطنب ابن حجر في ترجمته. (٣) و كان يضع الحديث - قاله ابن حبان كما في التهذيب ص٤٦٣ ج٧.

الى ثلاثة احاديث لم تثبت عن رسول الله صلي الله عليه وسلم احدها: لا نكاح الا بولي. و ثانيها: من مس ذكره فليتوضأ. ثالثها: ما أسكر كثيره فقليله حرام، رواه عنهما ابن عدي الفرايضي و شمس الدين سبط بن الجوزي، و قال يحي بن معين لايصح في هذا الباب الا حديث عائشة، قلنا قد روى ما يخالف حديثها، و قد ذكرناه عن قريب. و قال الحافظ ابوجعفر الطحاوي(١) فلما لم يكن في هذه الاقاويل دليل على ما ذهب اليه اهل المقالة الاولى، و اراد بهم الشافعي و مالكاً و احمد و اسحاق و اباثور نظرنا فيما سواها هل نجد شيئا يدل على الحكم في هذا الباب كيف هو، فاذا يونس قد حدثنا قال اخبرنا ابن وهب أن مالكاً حدثه عن عبدالله بن الفضل عن نافع بن جبير ين مطعم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و اذنها صماتها، و أخرجه من ثلاث طرق، ثم قال فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الحديث بقوله الأيم أحق بنفسها من وليها ان امرها في تزويج نفسها اليها لا الى وليها و هذا الحديث أخرجه ايضا مسلم(٢) عن يحي بن يحي عن مالك، و ابوداود عن احمد بن يونس و عبدالله بن مسلمة القعنبي كلاهما عن مالك و اخرجه الترمذي عن قتيبة بن سعد عن مالك ثم قال هذا حديث حسن صحيح، و أخرجه النسائي. و الأيم بفتح الهمزة و تشديد الياء التي هي آخر الحروف، و هو في الاصل التي لازوج لها بكراً كانت او ثيباً مطلقة كانت او متوفى عنها زوجها، قيل و أراد بها هنا الثيب خاصة على ما نبين إن شاء الله تعالى. و قد ذكرت في شرحي لمعاني الآثار للطحاوي، و قد اختلف في معنى الايم هنا مع اتفاق اهل اللغة انه يطلق على كل امرأة لازوج لها صغيرة كانت او كبيرة بكراً كانت او ثيباً فذهب علماء الحجاز و كافة العلماء الى أن المراد بها هاهنا الثيب التي فارقها زوجها، و قالوا بأنه اكثر استعمالاً فيمن فارقت زوجها بموت أو طلاق، و برواية الاثبات فيه الثيب مفسراً، و هو أيضا لفظ مسلم(٣) الثيب احق بنفسها من وليها و بمقابلته بقوله البكر تستأمر في نفسها، و لو كان المراد بالايم كل ما لازوج له من الابكار وغيرهن، و إن جميعهن أحق بانفسهن لم يكن لتفصيل الأيم من البكر معنى. و ذهب الكوفيون و زفر الى أن الأيم هنا

---

(١) الطحاوي باب النكاح بغير ولي عصبة ص٩ ج٢. (٢) مسلم باب استيذان الثيب ص٤٥٥ ج١ و ابوداود باب في الثيب ص٢٩٣ ج١ و الترمذي باب استيمار البكر و الثيب ص١٣١ ج١ و النسائي استيذان البكر في نفسها ص٧٦ ج٢ و ابن ماجة باب استيمار البكر والثيب ص١٣٦ و نصب الراية ص١٨٢ ج٣ و قال اخرج الجماعة الا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه الخ. (٣) مسلم ص٤٥٥ ج١.

ينطلق على ظاهره في اللغة، و ان كل امرأة بكراً كانت او ثيباً اذا بلغت فهي احق بنفسها من وليها و عقدها على نفسها جائز، و هو قول الشعبي و الزهري أيضا، قالوا و ليس الولي من اركان صحة العقد، و لكن من تمامه و كماله. قلت لاشك أن قوله عليه الصلوة و السلام الأيم احق بنفسها عام يتناول الثيب و البكر و المتوفى عنها زوجها و يجب العمل بعموم العام، و انه موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً. فان قلت رواية الثيب احق بنفسها تفسر الأيم احق بنفسها. قلت هذه الرواية ليست فيها اجمال حتى تكون تلك الرواية مفسرة لها بل يعمل بكل واحدة من الروايتين، فيعمل(١) برواية الايم على عمومها، و برواية الثيب على خصوصها، و لا منافاة بين الروايتين، على أن اباحنيفة رحمه الله تعالى يرجح العمل بالعام على الخاص، و يجمع الايم على الايامى. و قال الجوهري الايامى الذين لا أزواج لهم من الرجال و النساء، و أصلها أيايم، فقلبت(٢) لان الواحدة أيم سواء كان تزوج من قبل او لم يتزوج، و امرأة أيم ايضا بكراً كانت او ثيباً، و قد آمت المرأة من زوجها تئيم ايما و ايوما و ايمة و ايمة(٣) و تايمت المرأة و تأيم الرجل زماناً اذا مكثا لايتزوجان و قيل أكثر ما يستعمل في النساء، و قد قيل في المرأة أيمة. قوله - و البكر تستأذن - أي يطلب منها الاذن في نكاحها. فان قلت قال الترمذي(٤) بعد أن ذكر هذا الحديث، و قد احتج به بعض الناس في اجازة النكاح بغير ولي و لس فيه ما احتجوا به، لانه قد روى من غير وجه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولي، و هكذا أفتي به ابن عباس رضي الله تعالى عنه بعد النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا نكاح الا بولي، و انما معنى قوله عليه الصلوة و السلام الايم أحق بنفسها من وليها عند أكثر اهل العلم ان الولي لايزوجها الا برضاها. قلت هذا الذي لايليق بحاله، لان مثل هذا الكلام لايصدر من مثله لان حديث ابن عباس رضي الله عنه متى تساوي هذا الحديث الصحيح المجمع على صحته و حديث ابن عباس متكلم فيه، و قد ذكرناه. فان قلت لم ترك المصنف الاستدلال من الجانبين بالحديث كغيره من المصنفين. قلت قال الاكمل(٥) و اذا كان الكتاب و السنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين، و صار الى المعقول، انتهى. قلت ليس فيه ما يشفي العليل على ما لايخفى على المتأمل و مما استدل به اصحابنا ما رواه الدارقطني(٦) من حديث ابن عباس رضي الله تعالى

(١) فيعمل الخ كذا في عمدة القاري ص١١٦ ج٢٠. (٢) فقلبت و في لسان العرب فقلبت الياء و جعلت بعد الميم. (٣) أيمة و ايمة - الاول بفتح الهمزة و الثاني بكسرها. (٤) الترمذي باب في استيمار البكر و الثيب ص١٣١ ج١. (٥) الاكمل في العناية ص١٥٩ ج٣. (٦) الدارقطني الجملة الاولى ليس للولى مع الثيب امر =>

و انما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لافرق بين الكفو

عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للولي مع الثيب أمر و البكر يستأمرها ابوها في نفسها، و منه ما رواه ابوبكر بن أبي شيبة(١) في مصنفه أن رجلا زوج ابنته و هي كارهة، فقال عليه الصلوة و السلام لا نكاح لك فانكحي ما شئت، و قد زوجها من كفو. و روى أيضا(٢) من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى أن جارية بكراً أتت النبي صلي الله عليه وسلم و قد ذكرت أن اباها زوجها و هي كارهة فخيرها النبي صلي الله عليه وسلم، قيل رجاله ثقات، و أعله بالارسال. قلت المرسل عندنا حجة و منه ما روى عن ابن عباس(٣) رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر و ثيب انكحهما أبوهما، و قال الدارقطني الصواب عن المهاجر عن عكرمة مرسل. قلت المرسل حجة و منه ما رواه الدارقطني عن أبي سلمة(٤) قال أنكح رجل ابنته و هي كارهة، فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها. و روى الدارقطني أيضا عن أبي سعيد الخدري(٥) رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلوة و السلام قال لاتنكحوهن الا باذنهن. و عن الحكم قال كان علي(٦) رضي الله تعالى عنه اذا رفع اليه رجل تزوج امرأة بغير ولي، فدخل بها امضاه، فلو كان وقع باطلا كما زعم الشافعي رحمه الله تعالى لما امضاه. (و انما يطالب الولي) هذا جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلم أمر الولي (بالتزويج) اذا طالبته و أي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها. فاجاب بقوله - و انما يطالب الولي بصيغة المجهول بالتزويج - (كيلا تنسب) المرأة (الى الوقاحة) من وقح(٧) الرجل اذا صار قليل الحياء فهو وقح، و وقاح بين الوقحة و الوقاحة و القحة و امرأة وقاح الوجه، و ذلك لانها تستحى من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد، لان هذا يعد منها وقاحة لانها لاتقدر على المباشرة. (ثم في ظاهر الرواية لافرق بين الكفو

=> في سند المحاملي والنيسابورى ص٢٣٩ ج٣ و الجملة الثانية و البكر يستأمرها ابوها في نفسها في سند ابي حامد ص٢٤٠ ج٣ فالحديث مركب. (١) ابن ابي شيبة من اجازه بغير ولي ص١٣١ج٢/٤. (٢) و روى ايضا و رواه الدارقطني ص ٢٣٥ ج٣ و لم اجده في مصنف ابن ابي شيبة. (٣) ابن عباس رضي الله عنه رواه الدارقطني ص٢٣٤ ج٣ و البيهقي ص١١٧ ج٧ و راجع لنحو هذه الاثار البيهقي ص١١٧ الى ص١٢٠ ج٧. (٤) عن ابي سلمة الدارقطني ص٢٣٢ ج٣ و البيهقي ص١٢٠ ج٧. (٥) عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه رواه الدارقطني ص٢٣٧ ج٣. (٦) كان علي رضي الله عنه راجع البيهقي ص١١٢ ج٧ باب لانكاح الا بولي. (٧) وقح من باب ضرب و سمع و كرم و مصدر ضرب قحة بكسر القاف و فتحها ومصدر سمع وقحا بفتح الواو و القاف و مصدر كرم وقاحة بفتح الواو و وقوحة بضم الواو كذا في المنجد واللسان.

و غير الكفو، لكن للولي الاعتراض في غير الكفو و عن ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى انه لايجوز في غير الكفو لانه(١) كم من واقع لايرفع و يروى رجوع محمد الى قولهما، و لا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى

و غير الكفو) يعني اذا زوجت نفسها من كفو أو من غير كفو جاز نكاحها، و روى عن الحسن انه لايجوز من غير كفو، و مثله في المحيط. و في قاضي خان يجوز في ظاهر الرواية كما ذكره المصنف. (لكن للولي) حق (الاعتراض في غير الكفو) دفعاً للعار عنه، هذا اذا لم تلد، فان ولدت فلا حق للولي في الفسخ كذا في قاضي خان و الخلاصة. و في مبسوط شيخ الاسلام له حق الفسخ بعد الولادة. (و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى انه لايجوز) التزويج (في غير الكفو) و هي رواية الحسن كما ذكرنا، و في فتاوى قاضي خان و القنية المختار للفتوى في زماننا رواية الحسن، و في الكافي و بقوله أخذ كثير من المشايخ، قال شمس الائمة في المبسوط هذا أقرب الى الاحتياط (لان كم من واقع لايرفع) اي كم من قضية تقع و لايقدر أحد على دفعها، لانه ليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي، و لا كل قاض يعدل، فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفو. قال الشيخ صدر الاسلام لو زوجت المرأة المطلقة الثلاث نفسها من كفو و دخل بها الزوج ثم طلقها لاتحل على الزوج الاول على ما هو المختار من رواية الحسن. و في الحقائق هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه. (و يروى رجوع محمد رحمه الله تعالى الى قولهما) اى الى قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى يعني ينعقد نكاحها عنده ايضا بلاولي و لايتوقف على اجازته، كما هو مذهب ابي حنيفة و ابي يوسف، و كذا ذكره ايضا في البدائع. و في قاضي خان كان ابويوسف يقول يتوقف على اجازة الولي كفوا كان أو لا، ثم رجع، و قال يجوز في الكفو، و يتوقف في غيره ثم رجع، و قال يجوز فيهما، و في رواية الطحاوي عنه يجيزه القاضي. (و لايجوز للولي(٢) اجبار البكر البالغة على النكاح) يريد أنه لايزوجها بغير رضاها، فان فعل ذلك فالنكاح موقوف على اجازتها عندنا، فان ردته بطل، و ان سكتت عند استئذان وليها فهو اذن منها و هو قول الاوزاعي و الشعبي و طاووس و الحسن بن حي و أبي عبيد و الثوري و أبي ثور و احمد في رواية و الظاهرية و اختاره ابن المنذر (خلافا للشافعي رحمه الله تعالى) و بقوله قال مالك في اشهر الروايتين عنه، و احمد في رواية و ابن ابى ليلى، و عند

---

(١) لانه – ن – لان. (٢) و لايجوز للولي الخ راجع له فتح القدير ص١٦١ ج٣ و عمدة القاري ص١٢٩ ج٢٠ و فتح الباري ص٢٣٩ الى ص٢٤٦ ج٩ و الاوجز ص٢٤١ ج٤ و المغنى ص٣٨٠ ج٧ و شرح المسلم للنووي باب استيذان الثيب ص٤٥٥ ج١ و نصب الراية ص١٩٠ ج٣.

له الاعتبار بالصغيرة و هذا لانها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة و لهذا يقبض الاب صداقها بغير أمرها. و لنا انها حرة(١) فلايكون للغير عليها ولاية الاجبار، و الولاية على الصغيرة لقصور عقلها و قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام، و كالتصرف في المال، و انما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة، و لهذا لايملك مع نهيها، قال فاذا استأذنها

الحسن البصري الاب بجبر الثيب ايضاً، و عن ابراهيم ان كانت المرأة في عيال ابيها لم يستأمرها، و إن كانت في عيال غيره استأمرها، و لكن يستحب عند السلف استئذانها. (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (الاعتبار بالصغيرة) أي القياس على الصغيرة، لان الصغيرة اذا كانت بكراً تزوج كرهاً، فكذا البالغة و الجامع بينهما الجهالة، و أشار الى هذا بقوله (و هذا) أي وجوب الاعتبار بالصغيرة (لانها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة) لانها لم تمارس الرجال فلاتقف على مصالح النكاح و مفاسدها، فكان بلوغها بكراً كبلوغها مجنونة (و لهذا) اي لاجل كونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الاب صداقها بغير أمرها) كما في الصغيرة. (و لنا أنها) أي البكر البالغة (حرة مخاطبة) فالحرية و الخطاب و صفان مؤثران في ولاية الاستبداد بالتصرف (فلايكون للغير عليها ولاية) كما في المال (و الولاية على الصغيرة) جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى على الصغيرة تقريره ان القياس على الصغيرة قياس بالفارق، لان الولاية على الصغيرة (لقصور عقلها) و فيما نحن فيه ليس بموجود (و قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب) اليها (فصار) أي فصار الاجبار عليها (كالغلام) أي كالاجبار على الغلام اذا كان بالغا (و كالتصرف في المال) أي فصار كالتصرف في المال، اي مال البكر البالغة، فانه لايجوز للاب التصرف فيه (و انما يملك) جواب عن قوله - و لهذا يقبض الأب صداقها - تقريره انما يملك الاب (قبض الصداق برضاها دلالة) يعني بالسكوت، لان الظاهر ان البكر تستحي عن قبض صداقها و ان الاب هو يقبض حتى يجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها الى بيت زوجها، فكان ذلك اذنا لا ولاية. (و لهذا) أي و لاجل ذلك (لايمك) أي الاب قبض صداقها (مع نهيها) أباه عن ذلك، لان الدلالة تبطل بالصريح و لم يستدل المصنف للشافعي بالحديث و لا لنا، و الاحاديث التي استدل بها اصحابنا في هذا الباب قد ذكرناها عن قريب. (قال) أي القدوري (فاذا استأذنها) أي فاذا طلب الولي الاذن منها قبل النكاح، قال في المبسوط يستأذنها خالية لا في ملا من الناس كيلا

---

(١) حرة - ن - حرة مخاطبة.

الولى فسكتت او ضحكت فهو اذن، لقوله عليه الصلوة و السلام البكر تستأمر في نفسها، فان سكتت فقد رضيت،

يمنعها الحياء من الرد او لايذهب حشمة الاب عند الناس بردها (فسكتت او ضحكت فهو اذن) أي سكوتها و ضحكها اذن، و كذا اذا ابتسمت يكون رضى و هو الصحيح من المذهب، ذكره الحلواني كذا في المحيط (لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت) هذا غريب(١) بهذا اللفظ، و روى الائمة الستة(٢) من حديث ابي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتنكح الأيم

---

(١) هذا غريب الخ راجع نصب الراية ص١٩٤ ج٣. (٢) الائمة الستة البخاري باب لاينكح الاب وغيره البكر و الثيب الا برضاها ص٧٧١ ج٢ و مسلم باب استيذان الثيب الخ ص٤٥٥ ج١ و ابوداود باب في الاستيمار ص٢٩٢ ج١ و الترمذي باب في استيمار البكر والثيب ص١٣١ ج١ و النسائى استيمار الثيب في نفسها ص٧٧ ج٢ و ابن ماجة باب استيمارالبكر و الثيب ص١٣٦. فائدة: و في الجوهر النقي على البيهقي ص١١٤ ج٧ قوله صلى الله عليه وسلم و لاتنكح البكر حتى تستأذن دليل على ان البكر البالغ لايجبرها ابوها و لاغيرها. قال شارح العمدة و هو مذهب ابي حنيفة و تمسكه بالحديث قوي لانه اقرب الى العموم في لفظ البكر و ربما يزاد على ذالك بان يقال الاستئذان انما يكون في حق من له اذن و لا اذن للصغيرة فلاتكون داخلة تحت الارادة و يختص الحديث بالبوالغ فيكون اقرب الى التناول و قال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال و لاتنكح البكر حتى تستأن و هو قول عام و كل من عقد على خلاف ما شرع رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو باطل لانه الحجة على الخلق و ليس لاحد ان يستثنى من السنة الا سنة مثلها فلما ثبت ان ابابكر الصديق رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه وسلم و هي صغيرة لا امر لها في نفسها كان ذالك مستثنى منه انتهى كلامه و قوله عليه الصلوة و السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنه و البكر يستأذنها ابوها صريح في ان الاب لايجبر البكر البالغ و يدل عليه ايضا حديث جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما (ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان اباها زوجها و هي كارهة قال فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم) و سيذكرهما البيهقي بعد. فترك الشافعي رحمه الله تعالى منطوق هذه الادلة و استدل بمفهوم حديث الثيب احق بنفسها و قال هذا يدل على ان البكر بخلافها و قال ابن رشد العموم اولى من المفهوم بلاخلاف لاسيما و في حديث مسلم البكر يستأمرها ابوها و هو نص في موضع الخلاف و قال ابن حزم مانعلم لمن اجاز على البكر البالغة انكاح ابيها لها بغير امرها متعلقا اصلا و ذهب ابن جرير ايضا الى ان البكر البالغة لاتجبر و اجاب عن حديث الايم احق بنفسها بان الايم من لا زوج لها رجلا كان او امرأة بكرا او ثيباً لقوله تعالى و انكحوا الايامى منكم والصالحين و كرر ذكر البكر بقوله و البكر تستأن واذنها صماتها للفرق بين الاذنين اذن الثيب و اذن البكر و من اول الايم بالثيب اخطأ في تاويله و خالف سلف الامة و خلفها في اجازتهم لوالد =>

و لان جهة الرضاء فيه راجحة، لانها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد و الضحك أدل على الرضاء من السكوت، بخلاف ما اذا بكت، لانه دليل السخط و الكراهة. و قيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لايكون رضاً، و اذا بكت بلاصوت لم يكن رداً.

حتى تستأمر، و لا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يارسول الله صلي الله عليه وسلم و كيف اذنها، قال ان تسكت. (و لان جهة الرضاء فيه راجحة) أي لا ن جانب الرضى يترجح على جانب الرد (لانها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد) اي لاتستحي عن الرد (والضحك ادل) أي اكثر دلالة(١) (على الرضى من السكوت) أي على الرضى بالمسموع عن السكوت، لان الضحك علامة السرور و الفرح بماسمعت (بخلاف ما اذا بكت، لانه) اي لان البكاء (دليل السخط و الكراهة) غالباً و البكاء على السرور نادر، فلاعبرة به، و لكن ليس برد حتى لو رضيت بعده ينفذ العقد. (و قيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لايكون رضا) و الضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس. و في المرغيناني و الحاوي إن بكت و كان دمعها باردا يكون رضى، و إن كان حاراً لايكون رضى (و اذا بكت بلاصوت لم يكن رداً) و في المبسوط قال بعض المتاخرين اذا كان لبكائها صوت كالويل يكون رداً و أما اذا خرج الدمع من غير صوت لايكون رداً، لانها تحزن على مفارقة بيت أبويها و عليه الفتوى، و عن ابي يوسف ان البكاء رد و عنه انه رضى، و في جامع قاضي خان تمتحن بدموع عينها، ان كانت باردة فهي من السرور فيكون رضى، و إن كانت حارة فهي من الحرام فيكون رداً. و قيل ان كان عذباً فرضى، و إن كان مالحاً فرد. و قال الشافعي البكاء رضى الا أن يكون مع الصياح او ضرب الخد. فائدة: في كتاب الاجناس للناطفي جعل السكوت رضى في عشر(٢) مسائل. الاولى: السكوت عند استيمار الولي. الثانية: في بيع التلجئة لو قالا في السر فظهر البيع علانية و هو تلجئة، ثم قال أحدهما للآخر قد بدا أن جعله بيعا صحيحاً فسكت الآخر ثم تبايعا كان البيع صحيحاً. الثالثة: وقع عبد

=>الصغيرة تزويجها بكرا او ثيبا من غير خلاف و في التمهيد ملخصا قال ابوحنيفة و اصحابه و الثوري و الاوزاعي والحسن بن حي و ابوثور و ابوعبيد لايجوز للاب ان يزوج بنته البالغة بكراً او ثيبا الا باذنها و الايم التي لابعل لها بكرا او ثيبا فحديث الايم احق بنفسها و حديث لاتنكح البكر حتى تستأذن على عمومهما و خص منهما الصغيرة لقصة عائشة رضي الله عنها انتهى و كذا في هامش نصب الراية ص١٩٤ج٣ و اعلاء السنن ص٧٧ ج١١. (١) اكثر دلالة لان دلالته فعلية و هي اقوى من اللفظية كذا في حاشية الهداية. (٢) عشر مسائل الخ راجع البحر الرائق ص١٢٢ ج٣ و فتح القدير ص١٦٤ج٣ و قد ذكر ابن الهمام رحمه الله الوجوه المتعددة التي يعتبر فيها السكوت في الابيات ثم شرحها ثم قال و الاستقراء يفيد عدم الحصر و هذه المشهورة لا المحصورة.

قال و إن فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضى حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء و لو وقع فهو محتمل و الاكتفاء بمثله للحاجة

مسلم في الغنيمة بعد ما أسره المشركون فقسمت، و مولاه حاضر ساكت و لم يطلب العبد فلاسبيل له على العبد بعد ذلك. الرابعة: قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع و هو ساكت قبل نقد الثمن، فهو اذن له فيه. الخامسة: رأى عبداً يبيع و يشترى.فسكت فهو اذن له في التجارة. السادسة: سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع يبطل حقه فيها. السابعة: عبد بيع و هو ساكت، ثم قال أنا حر لايقبل، رواه الطحاوي في مختصره، فقال له قم مع مولاك فقام لزمه البيع. الثامنة: قال و الله لا أسكن فلاناً داري، او لأتركه في داري، و هو نازل فيها فسكت يحنث، و إن قال له أخرج فأبى أن يخرج فسكت الحالف لايحنث. التاسعة: ولدت امرأته ولداً فهنأه الناس به فسكت لزمه. العاشرة: بلغها(١) الخبر فسكتت. و زاد السروجي عليها أربعة أخرى: الاولى: لو قبض الموهوب له الموهوب في المجلس و الواهب ساكت ملكه استحساناً. الثانية: قبض المبيع في البيع الفاسد و البائع ساكت ملكه المشترى. الثالثة: لو جاءت أم الولد بولد آخر فسكت المولى يوماً او يومين لزمه، و لايصح نفيه بعد ذلك. الرابعة: مجهول النسب اذا بيع و هو ساكت ينظر صح بيعه، و صار كأنه أقر بالبيع. و قد ذكر الكاكي خمسة أخرى: الاولى: اذا هنئ بالولد فسكت لزمه. الثانية: قال لغيره بع عبدى فسكت ثم قام و باع كان ذلك قبولاً للتوكيل. الثالثة: شق زق غيره و هو حاضر فسكت حتى سال ما فيه لم يضمن. الرابعة: زوج الصغيرة غير الاب و الجد، فبلغت بكراً فسكتت ساعة بطل خيارها. الخامسة: رأى غيره يبيع ماله عرضا او عقاراً فقبضها المشترى فتصرف فيها زمانا و هو ساكت سقط دعواه، ذكره في منية الفقهاء. (قال) أي محمد في الجامع الصغير (و ان فعل هذا) يعني الاستئذان (غير الولي) أي من الاجانب، و فسر قوله - و ان فعل هذا - بقوله (يعني استأمر) ها (غير الولي او ولي) أي او استأمرها ولي (غيره اولى منه) كاستئذان الأخ مع وجوب الاب، قوله - غيره اولى منه - جملة وقعت صفة لقوله ولي و الضمير في منه يرجع الى اولى (لم يكن رضى حتى تتكلم به، لان هذا السكوت لقلة الالتفات) أى لقلة التفاتها (الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. (و لو وقع) أي السكوت دليلاً على الرضى (فهو محتمل) أي يحتمل الاذن والرد (والاكتفاء بمثله) أي بمثل السكوت المحتمل (للحاجة) أي لحاجة الانكاح و لايوجد ذلك في حق

---

(١) بلغها الخبر الخ و في البحر الاولى سكوت البكر عند استيمار الولي و الثانية سكوتها عند بلوغها الخبر.

و لا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه، و يعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة

غير الولي و هو معنى قوله (و لا حاجة في حق غير الاولياء) و هذا رد لقوله - و لو وقع - أى السكوت، و في المبسوط و حكي عن الكرخي ان سكوتها عند استئمار الاجنبي يكون رضى، لانها تستحي من الاجنبي أكثر مما تستحي من الولي، و الاول أصح، و لايكون(١) اذن اذا استأمرها قريب كافر او عبد او مكاتب (بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي) يعني يكون استئمار رسول الولي كاستئمار الولي (لانه) أي لان رسول الولي (قائم مقامه) أي مقام الولي، و في البدائع استئذان البكر البالغ على وجهين الاول أن يستأذنها قبل العقد و الثاني ان يستأذنها بعده، و السكوت منها رضى في الوجهين اذا كان المزوج هو الولي الاقرب او وكيله او رسوله بخلاف الولي الابعد و الاجنبي (و يعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة) أي تقع بالزوج المعرفة حتى لو قال زوجتك بعض جيراني او بعض بنى عمي لم يكن سكوتها رضى، لان الرضى بالمجهول لايتصور، و قيل لو عد عليها جماعة فسكتت زوجها من احدهم، و كذا لو ذكر بني فلان و هم يحصون، قالوا و الشرط أن يكون الزوج كفوا و المهر وافراً حتى لو لم يكن كفوا و لم يكن المهر وافراً او عدم أحدهما لم يكن سكوتها رضى الا في حق الاب و الجد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الاب و الجد ولي عنده في هذا العقد و عندهما الولي مطلقاً لان الاب و الجد بمنزلة الاجانب في هذا العقد، كذا في جامع قاضي خان و المحيط و المبسوط. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط النطق في غير الكفو في قول - و في غير مهر المثل و استئمار وكيل الاب كالاب - و في القنية لو قال الاب يذكرك فلان بمهر كذا فوثبت مرتين و هي في مكانها فزوجها جاز. و لو قال لها أريد أن أزوجك من رجل فسكتت لايكون رضى، هكذا روي عن محمد لعدم العلم به و في الحاوي سئل أبونصر عن رجل قال لبنته زوجتك من رجل فسكتت فهو رضى، و لاخيار لها. قال أزوجك من رجل فسكتت لم يكن رضى، و فرق بين الماضي و المستقبل. و عن أبي القاسم الصفار لها الخيار في الفصلين. و قال صاحب الحاوي و به نأخذ. و في جوامع الفقه لو قالت كنت قلت لك لاأريده فهو رد، و كذا لا ارضى او لا أجيز او أنا كارهة، و لو قالت لايعجبني او لاأريد الازواج، فليس برد حتى لو رضيت بعد ذلك صح و لو قالت لا أريد فلانا فهو رد، و لو قالت لا أرضى ثم قالت رضيت موصولاً جاز، و ان فصلت

---

(١) و لايكون الخ و في العناية ص١٦٥ ج٣ قوله (و ان فعل هذا) يعني الاستئمار و الاستئذان (غير الولي) و هو الاجانب او قريب ليس بولي بان كان كافرا او عبداً او مكاتبا الخ.

لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه، و لاتشترط تسمية المهر هو الصحيح، لان النكاح صحيح بدونه، و لو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا، لان وجه الدلالة في السكوت لايختلف ثم المخبر ان كان فضولياً يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما، و لو كان رسولاً لايشترط اجماعاً، و له نظائر. و لو استأذن الثيب فلابد من رضاها بالقول

بطل، و لو قالت ذلك اليك فهو رضى. (لتظهر رغبتها فيه) أي لتظهر رغبة المرأة في الزوج المسمى (من رغبتها عنه) أي عن الزوج المسمى، و لفظ رغب اذا استعمل بكلمة في يدل على الرضى و اذا استعمل بكلمة عن يدل على عدم الرغبة (و لايشترط تسمية المهر) يعني عند تسمية الزوج في الاستئمار (هو الصحيح) أي ترك تسمية المهر هو الصحيح، و احترز به عن قول بعض المتأخرين حيث قالوا لابد من تسمية المهر في الاستئمار، لان رغبتها تختلف باختلاف المهر في القلة و الكثرة، و الصحيح انه لايشترط، كذا في المبسوط. و في جامع قاضي خان، لان الظاهر مختلف باختلاف الزوج، لان الاب لايقف على مرادها في حق الزوج، فاما في حق الصداق يعلم مرادها في ذلك، و هو صداق مثلها (لان النكاح صحيح بدونه) أي بدون ذكر المهر، و لايصح بدون ذكر الزوج، و في الكافي اذا كان المزوج أبا او جداً لايشترط، لانه لاينقص من المهر الا لغرض يفوق كثرة المهر، و المصنف أطلق الصحة من غير تفصيل. (و لو زوجها) أي زوج الولي المرأة (فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا) أي من فصول الرضى بالضحك، و السكوت دون البكاء (لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف) أي بين حال الاستئمار و حال بلوغ الخبر، لان المعنى الذي صار السكوت لاجله رضى قبل العقد وجد بعده، و هو العجز عن النطق بسبب الحياء. (ثم ان المخبر ان كان فضولياً يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فان عندهما الاخبار كاف و لايشترط العدد و لا العدالة (و لو كان رسولاً) أي و لو كان المخبر رسولاً (لايشترط) أي العدد و العدالة (اجماعا) لانه قام مقام الولي (و له نظائر) أي لهذا الخلاف الذي وقع بين أبي حنيفة و صاحبيه في اخبار الفضولي نظائر من المسائل و هي عزل الوكيل و حجر الماذون و وقوع العلم بفسخ الشركة و سكوت الشفيع عن الطلب، و اعتاق العبد الجاني و بيعه بعد الاخبار، ففي الكل يشترط العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافاً لهما و كذا الخلاف في وجوب الشرائع على المسلم الذي لم يهاجر ذكره في الكافي. (و لو استأذن الثيب فلابد من رضاها بالقول) أي باجماع بين الائمة الاربعة اذا كانت بالغة، و في الثيب الصغيرة لايحتاج الى رضاها بل ينكحها الولي

لقوله عليه الصلوة و السلام الثيب تشاور، و لان النطق لايعد عيبا منها و قل الحياء بالممارسة فلامانع من النطق في حقها، و اذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس

جبراً عندنا، و عند الشافعي رحمه الله تعالى لااعتبار برضاها فلاتزوج حتى تبلغ، و يروى هذا عن مالك رحمه الله تعالى و عند أحمد رحمه الله تعالى لايجوز اجبار الصغيرة و الكبيرة، و هذه رواية عن مالك الا ان احمد قال اذا بلغت تسع سنين صح اذنها في النكاح وغيره (لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الثيب تشاور) هذا غريب بهذا اللفظ، و روى مسلم(١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا و الثيب أحق بنفسها من وليها، و روى أبوداود(٢) و النسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً، و الثيب أحق بنفسها من وليها. و روى أبوداود(٣) و النسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر. (و لان النطق لايعد عيبا منها و قل الحياء بالممارسة) بالرجال فلايكتفي بسكوتها عند الاستئمار (فلا مانع من النطق في حقها) أي في حق الثيب بخلاف البكر. (و اذا زالت بكارتها بوثبة) و هي الوثوب من فوق (أو حيضة) أي او بسبب ورود الحيض (أو جراحة) أصابت موضع العذرة (أو تعنيس) أي او بسبب تعنيس من عنست(٤) عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج و قيل عنست الجارية اذا طال مكثها في منزل أهلها بعد ادراكها حتى خرجت

---

(١) مسلم باب استيذان الثيب الخ ص٤٥٥ ج١. (٢) ابوداود باب في الثيب ص٢٩٣ ج١ و النسائى استئمار الاب البكر في نفسها ص٧٧ ج٢. (٣) ابوداود باب في الثيب ص٢٩٣ ج١ و النسائى استيذان البكر في نفسها ص٧٦ ج٢. (٤) عنست الخ و في لسان العرب ملخصا عنست المرأة تعنس بالضم (باب نصر) عنوسا (بضم العين) و عناسا (بكسر العين) و عنست (من باب التفعيل معروف) و عنسها اهلها (من التفعيل) حبسوها عن الاواج حتى جازت فتاء السن و لما تعجز قال الاصمعى لايقال عنست (معروف من المجرد) و لاعنست (معروف من التفعيل) و لكن يقال عنست (مجهول من التفعيل) على ما لم يسم فاعله فهى معنسة و قيل يقال عنست (معروف من المجرد) بالتخفيف و عنست (مجهول بالتشديد) و لايقال عنست (معروف بالتشديد) قال الجوهري عنست (معروف) الجارية تعنس اذا طال مكثها في منزل اهلها بعد ادراكها حتى خرجت من عداد الابكار هذا ما لم تتزوج فان تزوجت مرة فلايقال عنست (معروف من المجرد) قال الليث عنست (معروف من المجرد) اذا صارت نصفا (بفتح النون و الصاد) و هي بكر لم تتزوج و قال الفراء امرأة عانس التي لم تتزوج و هي تترقب ذالك و هي المعنسة انتهى.

فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة، لان مصيبها اول مصيب لها و منه الباكورة و البكرة و لانها تستحي لعدم الممارسة، و لو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى لايكتفي بسكوتها

عن عداد الابكار. و قال ابوزيد كذلك عنست الجارية تعنيسا. و قال الاصمعي لايقال عنست يعني بالتشديد، و لكن عنست على صيغة المجهول، و عنسها أهلها، و كذلك بشدة حيض و تحمل ثقيل او باصبع أو عود (فهي في حكم الابكار) في كون اذنها سكوتها. (لانها بكر حقيقة، لان مصيبها اول مصيب لها) و به قال الشافعي في الاصح و مالك و احمد و ابن ابى هريرة رحمهم الله تعالى و هو قول الجمهور، و قال ابن جيران من اصحاب الشافعي و هي كالثيب لزوال عذرتها (و منه الباكورة) أي و من اشتقاق البكر الباكورة، و هي التي تدرك من الثمار اولاً، و قال الاكمل(١) البكر من يكون مصيبها اول مصيب، فهذه اى التي زالت بكارتها بوثبة و نحوها تشتق من الباكورة. قلت الامر بالعكس، يدل عليه قول المصنف و منه الباكورة و قوله ايضاً (و البكرة) بضم الباء و هو اول النهار، اي و منه البكرة، اي من اشتقاق البكر و تحقيق الكلام هاهنا ان هذه المادة و هي الباء و الكاف و الراء يأتي منها الفاظ على معان مختلفة غير خالية عن المعنى الاصلي و هو الاولية و البكر(٢) بالكسر العذراء و المرأة التي ولدت بطنا واحداً، و بكرها بالكسر ولدها، و كذلك البكر بالكسر من الابل و بالفتح الفتى(٣) منها، و بكرة بسكون الكاف مايستقى عليها و بالفتح ايضا، و بكر بالفتح ايضا ابو قبيلة(٤) و هو بكر بن وائل بن قاسط. (و لانها) اي و لان التي زالت بكارتها بوثبة و نحوها (تستحي لعدم الممارسة) بالرجال (و لو زالت بكارتها بزنا) أي التي زالت بكارتها بزنا (فهي كذلك) أي هي(٥) في حكم التي زالت بكارتها بوثبة و نحوها لعدم ممارستها بالرجال (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية، و حكى أبو اسحاق أن الشافعي قال به في القديم. (و قال ابويوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى لايكتفى بسكوتها) يعني عند

---

(١) الاكمل في العناية ص١٦٩ ج٣. (٢) و البكر الخ راجع للتفصيل لسان العرب. (٣) الفتى بفتح الفاء و كسر التاء المكسورة و تشديد الياء على وزن الغني. (٤) ابوقبيلة و في اللسان ص٨٠ ج٤ و بنوبكر في العرب قبيلتان احداهما بنوبكر بن عبدمناف بن كنانة والاخرى. بكر بن وائل بن قاسط و اذا نسب اليهما قالوا بكرى و اما بنو بكر بن كلاب فالنسبة اليهم بكرا و يون قال الجوهري و اذا نسبت الى ابي بكر قلت بكرى تحذف منه الاسم الاول و كذلك في كل كنية انتهى. (٥) أى هى الخ و في المخطوطة اي في حكم الابكار.

لانها ثيب حقيقة، لان مصيبها عائد اليها. و منه المثوبة و المثابة و التثويب. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الناس عرفوها بكراً فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها

الاستئذان، و به قال احمد في رواية، و هو قول الشافعي في الجديد (لانها) أي لان التي زالت بكارتها بزنا (ثيب حقيقة) و حكما أما حقيقة فلان مصيبها ليس باول مصيب، و هو معنى قوله (لان مصيبها عائد اليها) و أما حكماً فانها تدخل في الوصية في الثيب دون الابكار (و منه المثوبة) أي و من اشتقاق الثيب المثوبة و هو الثواب(١) و انما سمى بها لانها مرجوع اليها في العاقبة، لان الثواب جزاء عمله يرجع اليه (و المثابة) أي و منه المثابة و هو الموضع الذي يثاب اليه، و اي يرجع اليه مرة بعد أخرى، و منه قوله تعالى و اذ جعلنا البيت مثابة للناس و أمنا قال الزمخشري معاداً و مرجعاً للحاج و العمار ينصرفون عنه ثم يثوبون اليه أي يرجعون (و التثويب) أي و منه التثويب، و هو الدعاء مرة بعد أخرى، و هو العود بعد الاعلام. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الناس عرفوها بكراً فيعيبونها) من التعييب و في بعض النسخ(٢) فيعيرونها من التعيير (بالنطق) فتستحى (فتمتنع عنه) أي عن النطق (فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها) و ان أكرهت على الزنا فلا رواية فيه، ذكر في الفتاوى و المرغيناني. و في الحواشي لاينعدم به حياؤها. فان قيل(٣) حياء البكر حياء يكون من كرم الطبيعة و هو محمود، و هذا الحياء من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص. قلنا هذا الحياء ايضا محمود، لانها تستر على نفسها ليستر الله تعالى عليها، و الحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة و حسن العقيدة أيضا، و لما سقط(٤) نطقها في موضع يكون نطقها دليلا على رغبتها في الرجال احسن الوجوه فلان يسقط في موضع يكون نطقها دليل رغبتها في الرجال على افحش الوجوه أولى، كذا في المبسوط. و قيل لايمكن ادارة الحكم على حقيقة الحياء لتعذر ضبطه و ضبط ما هو المعتبر منه، فأدير على مظنته و هو البكارة و تعذر أن يراد حقيقتها لقبح تفحص الولي عنها شرعاًو عقلاً، فاكتفى بالكبارة الظاهرة في اصل الخلقة و الاصل بقاؤها فيكتفي

---

(١) الثواب الخ كذا في العناية ص١٦٩ ج٣ و في حاشية چلپى سعدي قوله مشتق من المثوبة اقول اشتقاقا كبيراً. (٢)و في بعض النسخ الخ و في العناية (فيعيرونها) و في بعض النسخ فيعيبونها. (٣) فان قيل الخ كذا في العناية و فيه ايضا قيل هذا تعليل في مقابلة النص و هو قوله عليه الصلوة و السلام الثيب تشاور و هو باطل والجواب عنه ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لاتعليل في مقابلة النص انتهى و كذا في الكفاية. (٤) و لما سقط الخ كذا في الكفاية ص١٧١ ج٣.

بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او نكاح فاسد، لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لايكتفي بسكوتها و اذا قال الزوج بلغك النكاح فيسكت و قالت رددت فالقول قولها و قال زفر رحمه الله تعالى القول قوله، لان السكوت أصل و الرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضى المدة، و نحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة

بالسكوت إلى أن يظهر و يشيع. (بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او نكاح فاسد) حيث تصير ثيباً بالاجماع (لان الشرع اظهرة حيث علق به) أي بذلك الوطئ (احكاما) و هي وجوب العدة و المهر و ثبوت النسب (أما الزنا فقد ندب) أي الشرع (الى ستره) حيث قال عليه الصلوة و السلام من أصاب(١) من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى (حتى لو اشتهر حالها) بان اقيم عليها الحد او صار الزنا عادة لها (لايكتفي بسكوتها) فان قيل ينبغي أن يكتفي بسكوتها هاهنا أيضا لانها بكر شرعاً. قال صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر(٢) جلد مائة و تغريب عام... الحدبث، قلنا هو قول بعض المشايخ و هو ضعيف، فان هذا موجود في الموطوءة بشبهة او نكاح فاسد، و لايكتفي بسكوتها بالاجماع فعلم أن المعتبر بقاء صفة الحياء. (و اذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت) بتشديد التاء المكسورة (و قالت رددت) النكاح (فالقول قولها) أي قول المرأة (و قال زفر رحمه الله القول قوله) أي قول الزوج (لان السكوت أصل و الرد عارض) لان السكوت عدم الكلام و العدم هو الاصل في كل شيء، و المرأة تدعى عارضاً، و القول قول المتمسك بالاصل (فصار) أي الحكم في هذا (كالمشروط له الخيار اذا إدعى الرد بعد مضى المدة) فانه لايعتبر قوله بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالاجماع، و كذا المشتري و الشفيع، فالشفيع يقول طلبتها بعد البيع، و المشتري يقول سكت، فالقول قول المشتري لتمسكه بالاصل. (و نحن نقول انه) أي الزوج (يدعى لزوم العقد و تملك البضع و المرأة تدفعه فكانت منكرة) و كانت متمسكة بالاصل معنى، فالقول لها كما لو ادعى اصل العقد و أنكرت، و هذا لان العبرة للمعاني لا للصور (كالمودع) بفتح الدال (إذا ادعى رد الوديعة) أي الى مالكها فالقول قول المودع لانه ينكر الضمان من حيث المعنى، و الحاصل في هذا انا نعتبر الانكار

---

(١) من اصاب الحديث مؤطا مالك كتاب الحدود ما جاء من اعترف على نفسه بالزنا ص٦٨٦ و نصب الراية ص٣٢٣ ج٣. (٢) البكر بالبكر الحديث اخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى باب حد الزنا ص٦٥ ج٢ و نصب الراية ص٣٣٠ ج٣.

بخلاف مسألة الخيار. لان اللزوم قد ظهر بمضى المدة، و ان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه قرر(١) دعواه بالحجة، و إن لم تكن له بينة فلايمين عليها عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى و هي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة، و سيأتيك في الدعوى إن شاء اللّه. و يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكراً كانت الصغيرة او ثيباً

المعنوي و زفر يعتبر الانكار الصوري (بخلاف مسألة الخيار) جواب(٢) عن قول زفر و قياسه و وجهه ما قاله من قوله (لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة) أي لان لزوم البيع قد ظهر بمضي مدة الخيار، و لو قالت بلغني الخبر يوم كذا او وقت كذا فرددت، و قال الزوج بل سكت فالقول قول الزوج. و في المرغيناني لو قالت ادركت أمس و علمت بالخيار و فسخت لم تصدق الا بحجة و بطل خيارها، و ان قالت علمت الآن و فسخت صح، قيل لمحمد كيف يصح و هو كذب، قال لايصح الا على هذا الوجه، فانها لاتصدق الا في الاسناد ، و لو قالت فسخت حين علمت لاتصدق الا بالبينة. و في عمدة الفتاوى بكر زوجها وليها فقالت بعد سنة كنت قلت حين بلغني لا ارضى فالقول قولها، و ان كانت صغيرة فقالت اخترت نفسي حين أدركت او حين علمت لاتسمع لانها تريد ابطال العقد الثابت عليها بخلاف الاول. (فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه) أي لان الزوج (قرر دعواه بالحجة) فان قلت ينبغي ان لايقبل لانه شهادة على النفي، قلت السكوت أمر وجودي لانه عبارة عن ضم شفة الى شفة و عدم التكلم من لوازمه، فتكون البينة على أمر وجودي. (و ان لم تكن له بينة فلايمين عليها عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى) و عندهما و الشافعي و مالك و احمد رحمهم اللّه تعالى تستحلف (و هي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة) و هي النكاح و الرجعة و الفيء في الايلاء و الاستيلاد و الرق و الولاء (و سيأتيك) أي بيان هذه الاشياء الستة (في الدعوى) أي في كتاب الدعوى (ان شاء اللّه تعالى) (و يجوز نكاح الصغيرة و الصغير اذا زوجهما الولي بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً) و قال ابن شبرمة و ابوبكر الاصم لايزوجهما أحد حتى يبلغا، لقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فلو جاز تزويجهما قبل البلوغ لم يكن لهذا معنى و لا حاجة لهما الى النكاح، لان مقصود النكاح طبعاً قضاء الشهوة، و لاشهوة لهما، و شرعا النسل و لا تناسل فيهما و هذا العقد يعقد للعمر و يلزمهما احكامه بعد البلوغ و لا ولاية لاحد بعد البلوغ حتى يلزمهما احكامه. و للعامة قوله

---

(١) قرر – ن – نور. (٢) جواب الخ و في العناية – جواب عن قياس زفر و وجهه ان يجعل القول لمن يشهد له الظاهر و اللزوم قد ظهر بمضى المدة فلهذا كان القول للساكت انتهى.

و الولي هو العصبة و مالك رحمه الله تعالى يخالفنا في غير الاب، و الشافعي رحمه الله تعالى في غير الاب و الجد و في الثيب الصغيرة ايضاً. وجه قول مالك رحمه الله تعالى ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة و لا حاجة ههنا لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس

تعالى و اللائى لم يحضن، بين الله تعالى عدة الصغيرة، و سبب العدة شرعاً النكاح، فذلك يقرر نكاح الصغيرة و المراد بقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح، الاحتلام، و حديث عائشة(١) رضي الله تعالى عنها مشهور و قريب الى التواتر فانه عليه الصلوة و السلام تزوجها و هي بنت ست سنين و بنى بها و هي بنت تسع سنين، و كانت عنده تسع سنين. (و الولي هو العصبة) على ترتيب العصبات في الارث كما سيأتي عن قريب، فاقرب الاولياء الابن ثم ابنه و ان سفل، ثم الاب ثم الجد و ان علا، ثم الجد عند ابي حنيفة أولى من الاخ، سواء كان لأب أو لاب و أم. و عندهما لكل واحد من الجد و الاخ الولاية كما في الميراث و في المبسوط النكاح للجد عند الكل و هو ظاهر الرواية. (و مالك رحمه الله تعالى يخالفنا) جملة من المبتدأ و الخبر (في غير الاب) يعني الولي عنده ليس الا الاب حتى لو زوجها الجد عند عدم الاب لايجوز. (و الشافعي رحمه الله تعالى في غير الاب و الجد) يعني(٢) عنده وليهما الاب و الجد لاغير اذا كانت الصغيرة بكراً و ان كانت ثيباً فلاولاية عليها، حتى لو زوجهما الاخ او العم او زوج الثيب الصغيرة الاب او الجد كرهاً لاينعقد النكاح (و في الثيب الصغيرة أيضا) أي الشافعي رحمه الله تعالى خالفنا أيضا في تزويج الثيب الصغيرة، فان عنده لاولاية للاب و الجد في تزويجها كرها، و به قال أحمد و داود و في المحلى لايجوز للاب و لا لغيره تزويج الذكر الصغير قبل بلوغه عند طاووس و قتادة و الثوري و داود الظاهري. و قال ابن شبرمة و عثمان البتي لايجوز لاحد تزويج الصغير و الصغيرة حتى يبلغا، و اجاز تزويج الصغير و الصغيرة لغير الاب و الجد من العصبات الحسن البصري و عمر بن عبدالعزيز و طاووس في رواية و عطاء و الاوزاعي، و لهما الخيار عندهم اذا بلغا، ذكر ذلك ابن ابي شيبة في مصنفه و أبوبكر بن المنذر في الاشراف. (وجه قوله مالك رحمه الله تعالى أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة) مع قيام المنافي (و لا حاجة) للصغير و الصغيرة (لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب) هنا (ثبتت نصا بخلاف القياس) فان ابابكر رضي الله تعالى

---

(١) و حديث عائشة رضي الله تعالى عنها اخرجه البخاري باب انكاح الرجل ولده الصغار ص٧٧١ ج٢ و مسلم باب جواز تزويج الاب البكر الصغيرة ص٤٥٦ ج١ و ابوداود باب في تزويج الصغار ص٢٩٦ ج١ والنسائي انكاح الرجل ابنته الصغيرة ص٧٦ ج٢ و ابن ماجة باب نكاح الصغار ص١٣٦. (٢) يعني الخ كذا في العناية.

و الجد ليس في معناه فلايلحق به. قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح و لاتتوفر الا بين المتكافئين عادة و لايتفق الكفو في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازاً للكفو. وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ان النظر لايتم بالتفويض الى غير الاب و الجد لقصور شفقته و بعد قرابته، و لهذا لايملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة، فلان لايملك التصرف في النفس و انه أعلى اولى. و لنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد و ما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الالزام

عنه زوج عائشة رضي الله تعالى عنها من النبي صلى الله عليه وسلم و هي بنت ست سنين، و صحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلايقاس عليه غيره (و الجد ليس في معناه) لقصور شفقته (فلايلحق به) دلالة(١) لان الولد جزء الاب و كانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه، و الجزئية قد ضعفت بالجد و الشفقة قد نقصت فلايكون في معناه. (قلنا لابل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح) من التناسل و السكن و الازدواج و قضاء الشهوة (و لاتتوفر) المصالح (الا بين المتكافئين عادة) أي بين الاثنين الذين كل منهما كفو للآخر (و لايتفق الكفو في كل زمان) لقلة الكفو و عزة وجوده (فاثبتنا الولاية في حالة الصغر) للولي (احرازاً للكفو) اي لاجل الاحراز و الحفظ، لانه لو انتظر بلوغها يفوت ذلك الكفو، و كل من يتأتى منه الاحراز أبا كان او غيره فله الولاية في حالة الصغر (وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ان النظر) في حال الصغر (لايتم بالتفويض الى غير الاب و الجد لقصور شفقته) اي شفقة غير الاب و الجد (و بعد قرابته و لهذا لايملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتب) لكونه وقاية للنفس (فلان لايملك التصرف في النفس و انه أعلى) رتبة (أولى) قوله - و انه أعلى - جملة حالية و قوله - أولى - خبر لان التي دخلت عليه لام التوكيد. (و لنا ان القرابة داعية الى النظر) و الولاية بالنظر و هو موجود في كل قريب (كما في الاب و الجد) فان النظر(٢) فيهما لم ينشأ الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا و قصورا بقرب القرابة و بعدها (و ما فيه من القصور) أي و الذي في غير الاب و الجد من قصور النظر (اظهرناه في سلب ولاية الالزام) يعني لم يكن ولاية الاخ و العم ملزمة بل كانت متوقفة الى البلوغ، حتى جعلنا لهما خيار البلوغ، فاذا بلغا و وجدا الأمر على ما ينبغي مضيا على النكاح و ان وجدا قد اوقعا خللاً لقصور الشفقة و

---

(١) دلالة الخ كذا في العناية و الفتح. (٢) فان النظر الخ كذا في العناية.

بخلاف التصرف في المال لانه(١) يتكرر فلايمكن تدارك الخلل، فلاتفيد(٢) الولاية الا ملزمة، و مع القصور لايثبت(٣) ولاية الالزام. وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً، و لنا ماذكرنا من تحقق الحاجة و وفور الشفقة و لا ممارسة تحدث الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه الصلوة و السلام النكاح الى العصبات

النظر فسخا النكاح. (بخلاف التصرف في المال لانه) أي التصرف في المال (يتكرر) بتداول الايدى بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم و ثم بخلاف النكاح لانه بعد عمر (فلايمكن تدارك الخلل) لانه لايمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ (فلايفيد الولاية الا ملزمة) يعني في المال (و مع القصور لايثبت ولاية الالزام) بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالباً فكان التدارك بالتوقيف ممكنا (وجه قوله) أي قول الشافعي رحمه الله تعالى (في المسألة الثانية) و هو قوله في الثيب الصغيرة أيضا (ان الثيابة سبب لحدوث الرأى) لان الرأي أمر باطن، و الثيابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه (فادرنا الحكم عليها) أي على الثيابة (تيسيراً) أي لاجل التيسير. (و لنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة) يعني ان مقتضى(٤) الولاية النظرية هو الحاجة (و وفور الشفقة) و هي موجودة في الاب و الجد (و لاممارسة) للصغيرة (تحدث الرأى) بضم التاء من الاحداث (بدون الشهوة) يعني الممارسة التي تحدث الرأى لاتحصل بدون الشهوة لان الرأي بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة و لاشهوة للصغيرة (فيدار الحكم على الصغر) لانه سبب للعجز عن التصرف فكلما ثبت الصغير ثبتت الولاية. (ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعني من اطلاق الولي في قوله و يجوز نكاح الصغير و الصغيرة اذا زوجهما الولي (قوله عليه الصلوة و السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم (النكاح الى العصبات)(٥) ذكر هذا الحديث شمس الائمة السرخسي و سبط ابن الجوزي و لم يخرجه احد من

---

(١) لانه - ن - فانه. (٢) فلاتفيد - ن - فلايفيد. (٣) لايثبت - ن - لاتثبت. (٤) مقتضى الخ كذا في العناية ص١٧٤ ج٣. (٥) النكاح الى العصبات قال الزيلعي في نصب الراية ص١٩٥ ج٣ قلت ثم ترك البياض و لم يكتب شيئا و في فتح القدير ص١٧٥ ج٣ روى عن علي رضي الله عنه موقوفا و مرفوعا و ذكره سبط ابن الجوزي الخ و في اعلاء السنن ص٧٢ ج١١ باب ان النكاح الى العصبات و ان المرأة تستحق ولاية الانكاح قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا كان العصبة احدهم اقرب بام فهو احق رواه الامام محمد رحمه الله تعالى في كتاب الحج ص٢٩٣ ثم قال الشيخ العثماني رحمه الله تعالى قوله قال عمر رضي الله الخ قال المؤلف دلالته =>

من غيــر فصــل

الجماعة و لايثبت، مع أن الائمة الاربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة. و قال السروجي روي عن علي رضي الله تعالى عنه موقوفاً و مرفوعاً الانكاح الى العصبات، و يروى النكاح الى العصبات (من غير فصل) يعني بين عصبة و عصبة، فيعمل باطلاقه، و قال ابوالفرج في التحقيق عن احمد رحمه الله تعالى يجوز تزويج الصغير و الصغيرة لجميع العصبات، و ان كانا يتيمين و يثبت لهما الخيار اذا بلغا في رواية عنه و مذهبنا في غير الاب و الجد قول عمر بن الخطاب و علي بن ابي طالب و عبد الله بن مسعود و العبادلة و أبي هريرة رض الله تعالى عنهم. و زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمامة بنت حمزة و كانت صغيرة، و النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمها و قال لها الخيار اذا بلغت، و انما زوجها بالعصوبة(١) لا بالنبوة بوجهين. أحدهما: انه عليه الصلوة و السلام لم يزوج صغيرة و لاكبيرة ممن كان لها ولي، و لو كان تزويجها بالنبوة لم يتقدم عليه ولي. و الوجه الثاني: انه أثبت لها الخيار كما زوجها غير الاب والجد، و الولي و النبوة أعظم من ذلك و لاقصور فيها، و العباس رضي الله تعالى عنه و ان كان عمها يحتمل انه كان غائبا او متأدباً مع رسول الله صلي الله عليه وسلم و جعل الامر اليه، ذكره سبط ابن الجوزي وغيره، و الترتيب(٢) في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث فاقرب الاولياء الابن ثم ابنه و ان سفل ثم الاب ثم الجد و إن علا. و في الذخيرة و الاسبيجابي الولاية

=> على الباب من حيث ان العصبات في ولاية قدمت في ولاية الانكاح ثم اثبت حق الانكاح للام فقد ثبت ان ولاية النكاح مستحقة للعصبات و قد تكون للمرأة ايضا و نقل صاحب الهداية حديث النكاح الى العصبات و قال العيني في شرحه ذكر هذا الحديث شمس الائمة السرخسي و سبط ابن الجوزي و لم يخرجه احد من الجماعة و لايثبت مع ان الائمة الاربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة (ثم قال) قلت ان شمس الائمة ليس من اهل الحديث و سبط ابن الجوزي لايعتمد عليه و قد ذكر ترجمته في ميزان الاعتدال ص٣ ج٣ و قد اطال في ذمه شيخ الاسلام ابن تيمية في منهاج السنة ص١٣٣ ج٣ المصرى فالحديث لايثبت كما قال العيني و الاثر المعلق المذكور في محتج به حيث استدل به المجتهد في غير هذه المسئلة انتهى. (١) بالعصوبة و في فتح القدير ص١٧٤ ج٣ و زوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن ابي سلمة و هي صغيرة و انما زوجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوة لانه لم يزوج بها قط و لو فعل لم يتزوج احد إلا عنه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه و حضوره. (٢) و الترتيب في العصبات الخ و قد استوعب الفتاوى الهندية جزئيات الموضوع كما هو دابه راجع الباب الرابع في الاولياء ص٢٨٣ ج١ و نبذ منه في فتح القدير ص١٧٥ ج٣ و البحر الرائق ص١٢٧ ج٣ و المغنى لابن قدامة ص٣٤٦ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص١٥٥ ج١٦.

و الابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب و الجد يعني الصغير و الصغيرة فلاخيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ و إن زوجهما غير الاب و الجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح، و إن شاء فسخ، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله لاخيار لهما اعتباراً

للاب ثم الجد أب الاب و إن علا ثم للأخ لاب و أم، ثم لاب ثم لاولادهما على الترتيب ثم لعم الجد لاب و ام ثم لاب ثم لاولادهما على الترتيب ثم لمولي العتاقة يستوي فيه الذكر و الاثنى، ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب، ثم مولى الموالاة في قول ابي حنيفة كما ذكر في الميراث، و عند محمد ليس لذوي الارحام انكاح، ثم القاضي و من نصبه القاضي. و عند زفر الاخ لاب و أم و الاخ لاب سواء، ثم مولى العتاقة بعد العصبات النسبية، ثم عصبته ثم الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب عند ابي حنيفة استحسانا و ابويوسف معه في اكثر الروايات، و ذكره الكرخي مع محمد، و الاول اصح. ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي و من نصبه القاضي. و في قاضي خان الابن مقدم على الاب عند ابي حنيفة و أبي يوسف ثم ابنه و إن سفل ثم الاب ثم الجد، و ذكر الكرخي أن الاخ مع الجد يشتركان عند ابي يوسف و محمد كالميراث عندهما، و الاصح ان النكاح للجد عند الكل، و في المبسوط و هو ظاهر الرواية و هوالاصح، و قال شمس الائمة الحلواني في شرحه الاصح عندى ان الجد اولى بالنكاح عند الكل، و شفقة الجد كشفقة الاب، و لهذا لايثبت خيار البلوغ في الجد كالاب، بخلاف الاخ و في المحيط والمختلف هما سواء عندهما. (و الابعد محجوب بالاقرب) (اي الابعد من العصبات محجوب بالاقرب منهم و هو ظاهر مما تقدم (فان زوجهما الاب و الجد يعني الصغير و الصغيرة فلاخيار لهما بعد بلوغهما) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى في الاب في حق الصغيرة و احمد رحمه الله تعالى في رواية و غير الاب و الجد من الاولياء لايملكون تزويجهما عندهم (لانهما) لان لاب و الجد (كاملا الرأى وافرا الشفقة) و أصلهما كاملان الرأى وافران الشفقة فسقطت النون منهما للاضافة (فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه) أي العقد (برضاهما بعد البلوغ) أي بعد بلوغهما. (و إن زوجهما) أي الصغير و الصغيرة (غير الاب و الجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ إن شاء اقام على النكاح و إن شاء فسخ) أي النكاح (و هذا) أى كون كل واحد منهما مخيرا بعد البلوغ (عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و هو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى أولا و هو قول ابن عمر و أبي هريرة رضي الله عنهم. (و قال أبويوسف رحمه الله لاخيار لهما اعتباراً

بالاب و الجد، و لهما ان قرابة الاخ ناقصة، والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقصاد عسى و التدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غيرالاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية

بالاب و الجد) و هو قول عروة بن الزبير، و إنما اعتبره أبويوسف بالاب و الجد، لانه عقد بولاية مستحقة بالقرابة، فلايثبت فيه الخيار، اذ القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية، و الولاية(١) لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الافضاء الى الضرر، و اذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه لو كانت بالغة كما ان الوصي يقوم مقام الاب، فيكون عقده كعقد الاب. (و لهما) أي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان قرابة الاخ ناقصة) يعني ان التزويج صدر ممن هو قاصر الشفقة فلهما الخيار لتدارك الخلل في المقاصد، اذا ملكت نفسها، كذا قاله الكاكي و لكن التركيب لايساعد هذا التفسير لانه ليس معنى قوله - قرابة الاخ ناقصة - فانه نسب النقصان الى القرابة لا الى الشفقة، الا ترى كيف قال (و النقصان يشعر بقصور الشفقة) أي النقصان في القرابة يشعر بان شفقة الأم قاصرة ناقصة فحينئذ يكون معنى نقصان قرابة الأخ بالنسبة الى قرابة الأب و الابن فهذا التفريع هو الذي يشعر بقصور الشفقة، فاذا كان كذلك (فيتطرق الخلل الى المقاصد) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى يعني ان ماوراء(٢) الكفاءة و المهر مقاصد أخر في النكاح من سوء الخلق و حسنه و لطافة العشرة و غلظها و كرم الصحبة و لؤمها و توسيع النفقة و تقتيرها قال و إنما عين الأخ لانه أقرب بعد الاب و الجد من سائر الاولياء، فلما ثبت الحكم فيه مع قربته ثبت في غيره بالطريق الاولى. (عسى و التدارك ممكن بخيار الادراك) أي ربما التدارك يحصل بخيار الادراك، أي بخيار البلوغ، و لم يتعرض أحد من الشراح لمعنى عسى(٣) و الذي يليق به هاهنا بمعنى الترجي (و اطلاق الجواب في غير الاب و الجد) بقوله اي اطلاق جواب القدوري في غير الاب و الجد بقوله - و لكل واحد منهما الخيار - يدل على أن الأم او القاضي اذا زوج الصغير او الصغيرة كان لكل واحد منهما الخيار في نكاح الام والقاضي اذا ادركا قوله - و اطلاق الجواب - مبتداء و خبره هو قوله (يتناول الأم و القاضي) يعني في اثبات الخيار عند البلوغ (و هو الصحيح من الرواية) احتراز(٤) عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لايثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها الام او القاضي، لان للقاضي ولاية تامة تثبت في

---

(١) و الولاية الخ كذا في الفتح ص١٧٥ ج٣. (٢) ماوراء الخ كذا في العناية ص١٧٥ ج٣. (٣) معنى عسى و في حاشية سعدى چلپي عسى كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم و الخبر و التقدير عسى الخلل الى المقاصد يتطرق و اهل العربية يابون ذالك كذا قال العيني في كتاب الاجارات. (٤) احتراز الخ كذا في الفتح و الكفاية.

لقصور الرأى في احدهما و نقصان الشفقة في الآخر فيتخير. قال و يشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي و هو تمكن الخلل، و لهذا يشمل الذكر و الانثى، فجعل الزاماً في حق الآخر فيفتقر الى القضاء، و خيار العتق لدفع ضرر جلي و هو زيادة الملك عليها، و لهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعاً، و الدفع لايفتقر الى القضاء

المال و النفس جميعاً، فتكون ولاية القاضي كولاية الاب و شفقة الام فوق شفقة الاب، فكانت كالاب وجه ظاهر الرواية و هو المختارما أشار اليه بقوله (لقصور الرأى في احدهما) و هو الام (و نقصان الشفقة في الآخر) و هو القاضي، لان ولايتهما متاخرة عن ولاية الاخ و العم، فاذا ثبت الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي و الام أولى، و هذا لان الولاية الملزمة تبتنى على الرأي الكامل و الشفقة الوافرة، و الام و إن كانت شفقتها وافرة فولايتها قاصرة حيث لاتثبت في المال، و القاضي و إن كانت ولايته كاملة فشفقته قاصرة، لان شفقته انما تكون لحق الدين (فيتخير) أي اذا كان الامر كذلك فيتخير اليتيم أى يكون الخيار عند البلوغ. (قال و يشترط فيه) أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء) أي حكم القاضي (بخلاف خيار العتق) حيث لايشترط فيه القضاء (لان الفسخ هنا) أى في خيار البلوغ (لدفع ضرر خفي و هو تمكن الخلل) بسبب قصور شفقة المزوج (و لهذا) أي و لاجل تمكن الخلل (يشمل الذكر و الانثى) لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن، كذلك في حق الغلام، و اذا كان الضرر(١) خفياً لايطلع عليه، لان فرض المسألة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاماً، فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء (فجعل الزاماً في حق الاخر) لكونه رفعا لحكم ثابت (فيفتقر الى القضاء) اى الى الحكم. (و خيار العتق لدفع ضرر جلي و هو زيادة الملك عليها) فان الزوج(٢) قبل عتقها كان يملك عليها تطليقتين و يملك مراجعتها في قرئين، ثم ازداد ذلك بالعتق و هو أمر جلي ليس للاتحاد فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام، لكن لها أن تدفع ذلك عن نفسها، و ذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن، لانه بعد العتق يستلزمها، و وجود الملزوم بدون اللازم محال، فكان لها أن تدفع اصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة، و هي كلها بالعتق. (و لهذا) أي و لكون زيادة الملك عليها (يختص بالانثى) دون الذكور، لان زيادة الملك يتصور في الامة دون العبد (فاعتبر) أي الضرر الجلي (دفعاً) للزيادة لان ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة، و صار كأن العقد وجد الآن في حقها، فكان الاختيار منها دفعاً(٣) للحكم عن الثبوت (و الدفع لايفتقر الى القضاء) لان الدفع

---

(١) و اذا كان الخ كذا في العناية. (٢) فان الزوج الخ كذا في العناية. (٣) دفعاً - لا رفعاً له بعد الثبوت- الكفاية.

ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة و قد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضى، و ان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لانها لاتتمكن من التصرف الا به و الولي يتفرد به فعذرت بالجهل و لم يشترط العلم بالخيار، لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع و الدار دار العلم فلم تعذر بالجهل، بخلاف المعتقة لان الأمة لاتتفرغ لمعرفتها، فعذرت(١) بالجهل بثبوت الخيار

أمر يستقل به الدافع، اذ لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض، فانه بلاحكم. فان قيل(٢) دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتاً من حق الزوج المتتبع للزيادة، و في ذلك جعل التابع متبوعاً، و هو عكس المعقول و نقض الاصول. و أجيب بأن هذا ليس بجعل التابع متبوعاً و انما هو من باب للالتزام للضرر المرضي، فان الزوج حين تزوج الامة عالماً لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به و الضرر المرضي غير ضار بخلاف الامة، فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرضي، و اذا اجتمع الضرر الضار و غير الضار يدفع الضار دون غيره. (ثم عندهما) أي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خصهما بالذكر، لان مذهب ابي يوسف لايرد هاهنا، لانه لايرى خيار البلوغ، و ان كان الزوج غير الاب و الجد (إذا بلغت الصغيرة و قد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضى) فلايكون لها الخيار. (و ان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لانها) أي الصغيرة التي بلغت (لاتتمكن من التصرف بالرد الا به) أي بالعلم باصل النكاح (و الولي) أي و الحال ان الولي (يتفرد به) أي بالنكاح، فاذا كان الامر كذلك (فعذرت) على صيغة المجهول (و لم يشترط العلم بالخيار) في حق الحرة (لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع و الدار) أي و الحال أن الدار (دار العلم فلم تعذر بالجهل) بالخيار، بخلاف المعتقة حيث تعذر (لان الامة لاتتفرغ لمعرفتها) أي لمعرفة أحكام الشرع، فاذا كان كذلك (فعذرت بالجهل بثبوت الخيار) و حاصل ما ذكره المصنف ههنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ و العتق و هي خمسة امور. الاول: أن خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق، لان خيار البلوغ مختلف فيه فلابد أن يتأكد بالقضاء كالرجوع في الهبة و خيار العتق، اذا كان الزوج عبدا مجمع عليه فلايحتاج الى القضاء، و قد مر هذا. الثاني: أن خيار البلوغ يثبت للغلام و الجارية و خيار العتق يثبت للجارية فقط، و قد مر هذا أيضا. الثالث:(٣) ان الصغيرة اذا

---

(١) فعذرت – ن – فتعذر. (٣) فان قيل الخ كذا في العناية. (٢) الثالث الخ و سيأتى بيان الرابع و الخامس بعد اسطر.

ثم خيار البكر يبطل بالسكوت و لايبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت او يجيء منه مايعلم انه رضى، و كذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحال(١) ابتداء النكاح، و خيار البلوغ في حق البكر لايمتد الى آخر المجلس و لايبطل بالقيام في حق الثيب و الغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل

بلغت و قد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها، سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن، و قد مر هذا ايضا. و قوله (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر و الأنثى، بيانه أن خيار البكر يبطل بالسكوت لانها لما كانت صغيرة و أدركت و استؤمرت في النكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فكذلك اذا كان لها الخيار فأدركت و سكتت كان سكوتها رضى، فيبطل خيارها (و لايبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت) صريحا أو دلالة و هو معنى قوله (أو يجيء منه) بالجزم عطفاً على قوله - ما لم يقل - قوله - منه - أي من الغلام (ما يعلم منه أنه رضى) مثل ارسال المهر اليها و تقبلها و نحو ذلك. (و كذلك الجارية) أي و كذا لايبطل خيار الجارية الثيب (اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) أي قبل أن تبلغ (اعتباراً لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح) هذا متعلق بمجموع ما ذكر، و هو خيار البكر و خيار الغلام و خيار الجارية التي دخل بها قبل البلوغ، و قد مر أن الصغيرة البكر اذا ادركت و استؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت و سكتت كان سكوتها رضى، فيبطل خيارها اعتباراً لهذه الحالة بالحالة الاولى، و هي حالة ابتداء النكاح، و أما الغلام و الجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضى، بل لابد من الرضاء صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى بل لابد من ذالك اعتباراً بهذه الحالة بالحالة الاولى. (و خيار البلوغ في حق البكر) تفريع آخر، و هو بيان الأمر الرابع في الفرق بين خيار البلوغ و العتق و بيانه ان خيار البلوغ في حق البكر (لايمتد الى آخر المجلس) يعني مجلس صيرورتها بالغة بان رأت الدم في مجلس، و قد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل خيارها بمجرد السكوت في الوجهين جميعاً (و لا يبطل) أي الخيار (بالقيام في حق الثيب و الغلام) بل يمتد الى آخر المجلس (لانه) أي لان خيار بلوغها (ما ثبت) دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة (باثبات الزوج) و مالم يثبت باثبات الزوج لايقتصر على المجلس، بل يمتد الى ماوراء المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس (بل لتوهم الخلل) هذا الاضراب دليل يشمل البكر و

---

(١) بحال - ن - بحالة.

فانما يبطل بالرضاء غير ان سكوت البكر رضى بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى و هو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى و لا طلاق اليها و كذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها و هو مالك للطلاق. و إن مات(١) احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر، و كذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق، لان اصل العقد صحيح و الملك الثابت به انتهى بالموت، بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة، لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت، و هاهنا نافذ فتقرر به. قال

الغلام تقريره خيار البلوغ يثبت بعدم الرضى لتوهم الخلل، و ما ثبت بعدم الرضى يبطل بالرضى لوجود منافيه (فانما يبطل بالرضاء غير أن سكوت البكر رضى) دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت و يمتد خياره الى ما وراء المجلس (بخلاف خيار العتق) هذا بيان الفرق بينه و بين خيار البلوغ و هو بيان الامر الخامس بيانه ان خيار العتق يخالفه (لانه ثبت باثبات المولى و هو الاعتاق) لانه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار (فيعتبر فيه المجلس) لان كل خيار ثبت باثبات غيره يقتصر على المجلس (كما في خيار المخيرة) فانه يقتصر فيه على المجلس (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق) يعني سواء كان قبل الدخول او بعده (لانها تصح من الانثى و لاطلاق اليها) أي الى الانثى، و فائدته تظهر في موضعين، احدهما ان الفرقة اذا كانت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى، و لو كان طلاقاً لوجب، و الثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات. (و كذا بخيار العتق) أي كذا الفرقة بخيار العتق ليس بطلاق (لما بينا) انه يصح من الانثى (بخلاف المخيرة) فان الفرقة بالتخيير طلاق (لان الزوج هو الذي ملكها) اي ملك المرأة الطلاق بالتخيير اليها (و هو مالك للطلاق) أي و الحال أن الزوج مالك للطلاق. (فان مات احدهما قبل البلوغ) أي فان مات احد الزوجين قبل البلوغ (ورثه الآخر) أي الزوج الآخر (و كذا) أي و كذا ورثه الآخر (اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق) أي قبل تفريق القاضي بينهما (لان اصل العقد صحيح، و الملك الثابت به) أي باصل العقد (انتهى بالموت) فيتوارثان. (بخلاف مباشرة الفضولي) بان عقد بين الرجل و المرأة بغير اذنهما، فان العقد فيه موقوف على الاجازة ثم انه (اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة) فلا ارث من احدهما للآخر (لان النكاح ثمة موقوف، فيبطل بالموت و هاهنا) يعني في المخيرة للنكاح (نافذ فتقرر به) أي بالموت. (قال) اي القدوري

---

(١) و ان – ن – فان.

و لا ولاية لعبد و لاصغير و لامجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى أن لايثبت على غيرهم، و لان هذه ولاية نظرية و لانظر في التفويض الى هؤلاء و لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً و لهذا لاتقبل شهادته عليه و لايتوارثان،

(و لا ولاية لعبد و لاصغير و لا مجنون لانه لا ولاية لهم على أنفسهم، فاولى أن لايثبت على غيرهم) لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة، فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره (و لان هذه ولاية نظرية و لانظر(١) في التفويض الى هؤلاء) يعني العقد و الصغير و المجنون، و هذا بالاجماع. و في المغني(٢) قال احمد كان الصغير ابن عشر زوج و تزوج، و هو شذوذ و تعلق بقوله عليه الصلوة و السلام و اضربوا(٣) عليها لعشر، و للجماعة حديث رفع القلم(٤) المشهور و حديثه للتمرن و التخلق. (و لا ولاية لكافر على مسلم) و مسلمة يعني الولاية الشرعية و لامعتبر بالحسية منها (لقوله تعالى و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) أي سبيلاً شرعياً (و لهذا) أي لعدم ولايته على المسلمين (لاتقبل شهادته عليه) أي شهادة الكافر على المسلم (و لايتوارثان) أي المسلم و الكافر فلايرث المسلم من الكافر. و في المغني الكافر اذا أسلمت أم ولده، هل يزوجها، فيه وجهان، أما سيد الامة الكافرة فله تزويجها لكافر، لكونها لاتحل للمسلمين عندهم، و يزوج الكافر ابنته الكافرة من كافر و في المغني و من

---

(١) و لانظر الخ و في العناية ص.١٨ ج٣ و لانظر في التفويض الى هولاء اما الى الصبي و المجنون فللعجز عن تحصيل الكفء و اما الى العبد فكذالك لاشتغاله بخدمة المولى انتهى. (٢) المغنى ص٣٥٦ ج٧ و لفظه الشرط الخامس (للولي) البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال احمد لايزوج الغلام حتى يحتلم ليس له امر و هذا قول اكثر اهل العلم منهم الثورى والشافعي و اسحاق و ابن المنذر و ابوثور و عن أحمد رواية اخرى انه اذا بلغ عشراً زوج و تزوج و طلق و اجيزت وكالته في الطلاق الخ. (٣) و اضربوا عليها الخ اخرج ابوداود في باب متى يؤمر الغلام بالصلوة ص٧٧ ج١ عن سبرة رضي الله عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم مروا الصبي بالصلوة اذا بلغ سبع سنين فاذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها و كذا عند الترمذي باب متى يؤمر الصبي بالصلوة ص٥٤ ج١ و اخرج ابوداود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروا اولادكم بالصلوة و هم ابناء سبع سنين و اضربوهم عليها و هم ابناء عشر. (٤) رفع القلم الخ عن علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يشب و عن المعتوه حتى يفيق رواه الترمذي في ابتداء الحدود مسندا و البخاري معلقا في باب الطلاق في الاغلاق ص٧٩٤ ج٢ و في عمدة القاري ص٢٥٤ ج٢٠ رواه ابن حبان و ابو داود و النسائي و ابن ماجة.

اما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر، لقوله تعالى و الذين كفروا بعضهم اولياء بعض و لهذا تقبل شهادته عليه و يجري بينهما التوارث و لغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى معناه عند عدم العصبات، و هذا استحسان. و قال محمد رحمه الله تعالى لاتثبت و هو القياس، و هو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى

مسلم، و كذا يزوج ابنه الكافر و يبطل به قول من قال أن العتق يسلب الولاية، فان الكافر فاسق و زيادة، و عندنا الفسق لايسلب الولاية و به قال مالك(١) و احمد خلافاً للشافعي رحمهم الله تعالى (أما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر، لقوله تعالى و الذين كفروا بعضهم اولياء بعض) لان انكحة الكفار فيما بينهم صحيحة، الا على قول مالك، فان انكحتهم باطلة عنده، و نحن نقول بقوله عزوجل و امرأته حمالة الحطب و لو لم يكن لها نكاح لما سماها امرأته. قال عليه الصلوة و السلام ولدت(٢) من نكاح لا من سفاح. (و لهذا) أي و لثبوت ولاية الكافر في الانكاح على ولده (تقبل شهادته عليه) أي شهادة الكافر على ابنه (و يجري بينهما التوارث) أي يجري بين الاب و الابن الكافرين الارث، فيرث كل منهما من الآخر. (و لغير العصبات من الاقارب) نحو الاخوال و الخالات و العمات (ولاية التزويج) مرفوع لانه مبتدأ، و خبره قوله لغير العصبات مقدماً (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى معناه عند عدم العصبات) نسبية كانت او سببية كمولى العتاقة، فعند أبي حنيفة بعد العصبات الام(٣) ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم بنت بنت البنت، ثم الاخت لاب و أم، ثم الاخت لاب، ثم الاخت لام، ثم اولادهم ثم العمات و الاخوال و الخالات و أولادهم على هذا الترتيب، ثم مولى الموالاة، ثم السلطان، ثم القاضي و من نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار و الصغائر في عهده و منشوره، اما اذا لم يشترط فلاولاية له. (و هذا استحسان) أي هذا الذي ذهب اليه ابوحنيفة رحمه الله تعالى استحسان (و قال محمد رحمه الله تعالى لاتثبت) أي الولاية لغير العصبات (و هو القياس) أي الذي ذهب اليه محمد هو القياس (و هو رواية عن ابي حنيفة) أي قول محمد رواية عن ابي حنيفة، رواه الحسن عنه، و به قال

---

(١) و به قال مالك الخ راجع المغنى ص٣٥٦ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص١٥٨ ج١٦. (٢) ولدت من نكاح الخ تلخيص الحبير لابن حجر ص١٧٢ ج٣ و البداية و النهاية لابن كثير ص٢٦٣ ج٢ و ارواء الغليل للالباني ص٣٢٩ ج٦ كذا في موسوعة اطراف الحديث ص٤٤٦ ج١٠. (٣) الام الخ كذا في الشروح الثلاثة ص١٨١ ج٣.

و قول ابي يوسف رحمه اللّه تعالى في ذلك مضطرب، و الاشهر انه مع محمد، لهما ما روينا، و لان الولاية انما تثبت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها و الى العصبات الصيانة، و لابي حنيفة رحمه اللّه تعالى ان الولاية نظرية و النظر يتحقق بالتفويض الى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة. و من لا ولى لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات، و اذا عدم الاولياء

الشافعي و مالك و احمد رحمهم اللّه تعالى (و قول ابي يوسف رحمه اللّه تعالى في ذالك مضطرب) لانه ذكر في كتاب النكاح مع ابي حنيفة، و في كتاب الولاء مع محمد (و الاشهر أنه) أي ان ابايوسف (مع محمد) و لكن ذكر في الكافي و الجمهور على أن ابايوسف مع ابي حنيفة رحمهما اللّه تعالى. (لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما اللّه تعالى (ما رويناه) و هو قوله عليه الصلوة و السلام النكاح الى العصبات و الالف و اللام تدل على جنس النكاح لعدم العهد، و معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس، فلايكون لغيره فيه مدخل، و قد مضى الكلام(١) في الحديث (و لان الولاية انما تثبت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفوء إليها و الى العصبات الصيانة) أي الصيانة الى العصبات. (و لابي حنيفة رحمه اللّه تعالى أن الولاية نظرية، و النظر يتحقق بالتفويض الى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) و الشفقة موجودة في الام و قرابتها كما في قرابة الاب، و لهذا قال اصحابنا قوله عليه الصلوة و السلام الانكاح الى العصبات يتناول الامام لانها عصبة في الجملة يعني في صورة ولد الزنا و ولد الملاعنة فيثبت لهم ولاية التزويج أيضا. و الجواب عن الحديث أن النكاح الى العصبات حالة وجودهم و به نقول. (و من لا ولي لها) هذا لفظ القدوري و قوله (يعني العصبة من جهة القرابة) من كلام المصنف و الضمير في - لها - يرجع الى - من - و هي المولية، و في بعض النسخ، و من لا ولي له بتذكير الضمير و هو ظاهر (اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز) لمولى العتاقة و عصبة التزويج بالاجماع و ترتيب عصبات العتق كعصبات القرابة بالاجماع، و يكون مقدماً على ذوي الارحام و الام و غيرهما (لانه آخر العصبات) في الارث، و كذا لمولى الموالاة ولاية التزويج على الصغير و الصغيرة عندهما اذا لم يكن لها قريب خلافاً لمحمد و الشافعي و مالك و أحمد لانه يؤخر عن ذوي الارحام في الميراث عند محمد فلايكون له ولاية، كما لذوي الارحام، و عند الشافعي عقد المولاة لايصح فلايكون له عصوبة و لا قرابة. (و اذا عدم الاولياء) يعني على

---

(١) مضى الكلام - اى قبل خمسة اوراق.

فالولاية الى الامام و الحاكم لقوله عليه الصلوة و السلام السلطان ولي من لا ولي له، فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج. و قال زفر رحمه الله تعالى لايجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلايبطل بغيبته، و لهذا لو زوجها حيث هو جاز و لا ولاية للابعد مع ولايته، و لنا ان هذه ولاية نظرية و ليس من النظر التفويض الى من لاينتفع برأيه

الوجه المذكور، و ذكر بلفظ الاولياء ليتناول العصبات النسبية و السببية (فالولاية للامام) اي الخليفة (و الحاكم) اي القاضي و من نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار في عهده(١) (لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (السلطان ولي من لا ولي له) هذا في آخر حديث أخرجه ابوداود(٢) و الترمذي و ابن ماجة من حديث الزهري عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل، فان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له، و قال الترمذي حديث حسن. (فاذا غاب الولي الاقرب) كالاب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجد (أن يزوج) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى، و قال الشافعي رحمه الله تعالى يزوجها السلطان او القاضي و لايجوز أن يزوجها الابعد (و قال زفر رحمه الله تعالى لايجوز) لاحد حتى يحضر الاقرب (لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له) و الابعد محجوب بولايته و لاتاثير للغيبة في قطع الولاية و حقه ثبت (صيانة للقرابة) عن نسبة غير الكفو اليها (فلايبطل) أي حقه (بغيبته و لهذا) أي و لثبوت حقه و عدم بطلانه بغيبته (لو زوجها حيث هو) أي لو زوجها الولي الاقرب حيث كان هو (جاز) بالاتفاق فدل على قيام ولايته في غيبته فاذا كان كذلك لايجوز تزويج الابعد (و لا ولاية للابعد مع ولايته) أي مع ولاية الاقرب. (و لنا أن هذه) أي هذه الولاية (ولاية نظرية و ليس من النظر التفريض الى من لا ينتفع برأيه) و هو الاقرب في غيبته لتعذر الانتفاع بغيبته فالتحق بمن لا ولي له اصلا كالصغير و المجنون، و راى الابعد خلف عن رأي الاقرب فصار كولاية الحضانة يقدم فيها الاقرب، و اذا تزوج كانت الولاية

---

(١) في عهده - و في العناية ص١٨٣ ج٣ اذا كان ذالك في عهده و منشوره. (٢) ابوداود باب في الولي ص٢٩١ ج١ و الترمذي باب لانكاح الا بولي ص١٣٠ ج١ وابن ماجة باب لانكاح بولي ص١٣٦ و رواه احمد في مسنده و ابن حبان في صحيحه و الحاكم في المستدرك و قال على شرط الشيخين كذا في نصب الراية ص١٩٦ ج٣ و راجع نصب الراية ص١٨٤ ج٣.

ففوضناه الى الابعد و هو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب. و لو زوجها حيث هو فيه منع و بعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة و قرب التدبير و للاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ و لايرد. و الغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لاتصل اليه القوافل في السنة الا مرة،

للابعد، فان كان الامر كذلك (ففوضناه الى الابعد) و هذه نتيجة المقدمتين الصادقتين، فافهم. (و هو مقدم على السلطان) قال الاكمل(١) و هذه اشارة الى جواب الشافعي رحمه الله تعالى (كما اذا مات الاقرب) لم تنتقل الى السلطان(٢) فعنده اذا غاب الاقرب يزوج السلطان كما ذكرناه. قلت لم يذكر قول الشافعي في الكتاب صريحا و لم يذكر قوله الا الشراح. (و لو زوجها حيث هو فيه منع) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى و لهذا لو زوجها حيث هو جاز تقريره لانسلم جوازه، و في المحيط لارواية فيه و ينبغي ان لايجوز لانقطاع ولايته (و بعد التسليم) أي بعد أن سلمنا ذلك (نقول للابعد بعد القرابة و قرب التدبير و للاقرب عكسه) و هو قرب القرابة و بعد التدبير و ثبوت الولاية بهما فاستويا من هذا الوجه. (فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ) أي العقد (و لايرد) يعني اذا حضر الاقرب و قد زوج الابعد ثم حضر الاقرب لايرد العقد، و قيل عند زفر يبطل عقد الابعد اذا حضر الاقرب لعدم ولايته. (و الغيبة المنقطعة) لما ذكر لفظ الغيبة المنقطعة فيما مضى شرع هنا في بيانها، فقال (أن يكون) أي الولي الاقرب (في بلد لاتصل اليه القوافل في السنة الا مرة) واحدة و قدرها الشافعي و مالك و احمد بأدنى مدة السفر و في المبسوط و اليه اشار محمد في الكتاب، فقال أرأيت لو كان في السواد و نحوه انما كان يستطلع رأيه فهذا اشارة الى انه اذا جاوز السواد تثبت الولاية للابعد، و عن ابي يوسف(٣) و محمد رحمهما الله تعالى المنقطعة من البصرة الى الرقة و غير المنقطعة من بغداد الى الكوفة، و قيل تقدر بمائة و خمسين فرسخا. و في المحيط عن محمد روايتان، أحداهما: مسيرة شهر، و الاخرى مسيرة ثلاثة أيام، و اختارها ابوالليث، و عن محمد من الكوفة الى الري و هو عشرون مرحلة، و في الروضة و هو قول ابي حنيفة ذكره الطحاوي في شرحه و مختصره و قيل من الكوفة الى البصرة. و في الاسبيجابي ان كان في مكان لاتختلف اليه القوافل فهو غيبة منقطعة، و قيل ان كان موضع يقع اليه الكرى بدفعة واحدة فليست بمنقطعة، و من المشايخ من قال ان لايتوقف له

---

(١) الاكمل في العناية ص١٨٤ ج٣. (٢) لم تنتقل الى السلطان و في العناية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته. (٣) ابى يوسف الخ راجع لهذه الفروع فتح القدير ص١٨٤ج٣ و البحر الرائق ص١٣٥ ج٣.

و هو اختيار القدوري و قيل أدنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه و هو اختيار بعض المتأخرين، و قيل اذا كان بحال يفوت الكفو(١) باستطلاع رأيه، و هذا أقرب الى الفقه لانه لانظر في ابقاء ولايته حينئذ و اذا اجتمع في المجنونة ابوها و ابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى أبوها لانه أوفر شفقة من الابن، و لهما ان الابن هو المقدم في العصوبة، و هذه الولاية مبنية عليها،

على أثر بأن كان جوالاً(٢) من موضع الى موضع، او مفقوداً حتى لو كان في بلد واحد لايوقف عليه مختفيا كانت غيبة منقطعة، و قال احمد يزوجها في السفر البعيد دون القريب، قيل يحتمل أن يكون البعيد مايقصر فيه الصلاة. و قيل ما يقطع بكلفة و مشقة و قيل يزوجها الحاكم، و إن كان قريباً، و إن كان القريب محبوساً أو اسيراً في مسافة قريبة فهو كالبعيدة، و كذا اذا لم يعلم مكانه و الشافعية قدروها بمسافة القصر. (و هو اختيار القدوري) يعني الذي اختاره القدوري في مختصره هو قوله و الغيبة المنقطعة أن يكون في بلدة لاتصل اليه القوافل في السنة الا مرة. و (قيل أدنى مدة السفر) أي الغيبة المنقطعة أدنى مدة السفر، و به أخذ الثوري(٣) و محمد بن مقاتل الرازي و ابوعصمة و سعد بن معاذ المروزي و ابوعلي النسفي و ابو اليسر و الصدر الشهيد (لانه لا نهاية لاقصاه) أي لأقصى السفر فاعتبر ادناه (و هو اختيار بعض المتاخرين) و عليه الفتوى، و به قال الثلاثة و بعض المتأخرين هم الذين ذكرناهم. (و قيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رأيه) قال الامام السرخسي في مبسوطه هو الاصح، و هو اختيار الفضل، و لهذا قال المصنف (و هذا أقرب الى الفقه لانه لانظر في ابقاء ولايته حينئذ) يعني لعدم الانتفاع به حينئذ، و عن هذا قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة، و لايتوقف عليه تكون غيبة منقطعة. (و اذا اجتمع في المجنونة أبوها و ابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول أبي حنيفة و أبي يوسف) و به قال مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى أبوها) أي ابوها أولى (لانه اوفر شفقة من الابن) لان ولاية الاب تعم النفس و المال، و ليس للابن الولاية في المال. (و لهما) أي لابي حنيفة و ابي يوسف (ان الابن هو المقدم في العصوبة) ألاترى أن الاب معه يستحق السدس بالفريضة فقط (و هذه الولاية مبنية عليها)

---

(١) الكفء - ن - الكفء الخاطب. (٢) جوالا و في الفتح ان يكون متحولا من موضع الى موضع فلايوقف على اثره او يكون مفقودا لايعرف خبره الخ. (٣) الثوري الخ كذا في العناية و الفتح.

و لا معتبر بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصبات و الله اعلم.

أي على العصوبة (و لامعتبر بزيادة الشفقة كأب الام مع بعض العصبات) هذا جواب محمد و أبو الام اوفر شفقة من ابن الاخ ولايقدم أبو الام عليه بالاجماع، و لافرق بين الجنون الاصلي بأن يبلغ مجنوناً، و الطارئ و هو الجنون بعد البلوغ عاقلاً. و قال زفر في الجنون الاصلي كذلك، أما في العارضي فلاولاية للولي عليها، و حكي ذلك عن الشافعي رحمه الله تعالى و في الحلية هذا ليس بشيء، و في شرح الوجيز و الاصح أن لا فرق بين الاصلي و العارضي في ثبوت الولاية عليه كمذهبنا، و لكن يزوجها الاب و الجد خاصة، فرع - امرأة جاءت الى القاضي و قالت لا ولي و اني اريد ان اتزوج، فالقاضي يأذن لها في النكاح، علم ان لها وليا ام لا، و عن اسماعيل بن حماد فالقاضي يقول لها إن لم تكوني قرشية و لاعربية و لا ذات زوج و لا في عدة أحد فقد أذنت لك. قال شيخ الاسلام للقاضي أن يكلفها اقامة البينة على ما ادعته ان شاء و ان شاء قال لها زوجي ان كان الامر كما وصفت و بعد اقامة البينة يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار، و في الذخيرة هذه البينة تسمى بينة كشف الحال. و سئل شيخ الاسلام عن بكر بالغ شافعية زوجت نفسها من حنفي او شافعي هل يجوز، قال نعم، و إن كان لايصح عند الشافعي و الزوجان يعتقدان هذا المذهب، و لو سئلنا ما جواب الشافعي في هذه المسألة اجبنا انه يصح عند ابي حنيفة، و سئل ايضا في عقد عقد بحضرة فاسقين من المسلمين و غاب عنها الزوج غيبة منقطعة هل يجوز للقاضي إن يبعث الى شافعي ليبطل النكاح بهذا السبب، قال نعم، و للحنفي أن يبطله بنفسه أيضا، اخذا من هذا المذهب و ان لم يكن مذهبا له قال و عندي ان هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بناء على أن القاضي اذا قضى بخلاف مذهبه ينفذ عنده خلافاً لهما، و ليس للولي ولاية التزويج و ان أوصى الاب بالنكاح الا اذا كان قريباً فحينئذ يزوج بالقرابة لا بالوصية، لانه ولايته في المال دون النفس و به قال احمد و الشافعي و قال مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز، و هو رواية عن هشام عن ابي حنيفة، و ان كانت البكر كبيرة يزوجها القاضي باذنها، و ان كانت صغيرة و عين الموصي الزوج زوجها الوصي عنه كما لو وكل به في حياته و إن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن. و في السروجي الوصي لايزوج و هو قول الشعبي و النخعي و الثوري و الحارث و الشافعي و ابن المنذر، و رواية عن احمد، و في تعليق الطرطوشي الوصي أولى من الولي سواء قال الموصي أنت وصيّ او وصي على بناتي او انت وصي على مالي عند مالك و الله اعلم.

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة، قال عليه الصلوة و السلام الا لايزوج النساء الا الاولياء و لايزوجن الا من الاكفاء

(فصل في الكفاءة)

لما كانت الكفاءة معتبرة و عدمها يمنع الجواز، و لهذا يتمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى أن يذكر حكمها في فصل على حدة، قال الجوهري(١) الكفيء النظير، و كذلك الكفؤ، و الكفوء على فعل و فعول و المصدر الكفاءة بالفتح و المد. و قال ابن الاثير(٢) الكفؤ النظير والمساوي و منه الكفاءة في النكاح، و هو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها و نسبها و دينها و بيتها و غير ذلك. (قال الكفاءة(٣) في النكاح معتبرة) أصحاب الحديث والفقهاء اختلفوا في اعتبار الكفاءة، قال ابن المنذر في الاشراف ذهب عمر بن عبدالعزيز و حماد بن أبي سليمان و عبيد بن عمر و ابن سيرين و ابن عون و مالك أن الكفاءة غير معتبرة الا في الدين. و في البدائع و هو قول الحسن البصري و الكرخي من أصحابنا، و في المبسوط قال الكرخي الاصح عندي انه لا اعتبار بالكفاءة في النكاح. و عن الثوري و ابن حنبل لابد من اعتبار الكفاءة و لا يسقط الا بتراضي الولي و المرأة، و عنه في الرجل يشرب الشراب او هو حائك يفرق بينهما، وفي المبسوط ذهب الشيعة الى ان نكاح العلويات ممتنع على غيرهم مع التراضي، قال السروجي و هما قولان باطلان. (قال عليه الصلوة و السلام ألا لايزوج النساء(٤) الا الاولياء و لايزوجن الا من الاكفاء) قال الاكمل رواه جابر و سكت و راح، و قال ابوعمرو بن عبد البر هذا حديث ضعيف لا اصل له و لايحتج بمثله، قال البيهقي(٥) ضعيف بمرة، و رواه في السنن عن مبشر بن عبيد و أسند في المعرفة عن ابن حنبل انه قال احاديث مبشر بن عبيد موضوعة كذب، و قال ابن القطان

---

(١) الجوهري و لفظه الكفئ (على وزن الشريف) النظير و كذلك الكفء (بضم الكاف و سكون الفاء) و الكفء (بضم الكاف و الفاء) على فعل (بسكون العين) و فعل (بضم العين) و في لسان العرب كما في البناية الكفء بضم الكاف و سكون الفاء و الكفوء بضم الكاف و الفاء و بعدها واو ساكنة على فعل و فعول. (٢) ابن الاثير الخ و كذالك في اللسان. (٣) الكفاءة في النكاح الخ راجع عمدة القاري باب الاكفاء في الدين ص٨٣ و ص٨٧ ج٢٠ و فتح الباري ص١٦٤ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص١٨٢ ج١٦ و المغنى ص٣٧١ ج٧ و مابعده و اعلاء السنن فصل في الكفاءة ص٧٥ ج١١ و المبسوط للسرخسي ص٢٢ ج٥ و مابعده. (٤) الا لايزوج النساء الخ حديث جابر رضي الله تعالى عنه هذا رواه الدارقطني و البيهقي و ابويعلى و ابن حبان و ابن عدى و العقيلي كما في نصب الراية ص١٩٦ج٣ و نبذ منه في فتح القدير. (٥) البيهقي في السنن باب اعتبار الكفاءة ص١٣٢ ج٧.

هو كما قال لكن بقي عليه الحجاج بن أرطاة و هو ضعيف و مدلس على الضعفاء. قلت مبشر بن عبيد يروي هذا الحديث عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء و عمرو بن دينار عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه و رواه ابويعلى الموصلي في مسنده عن مبشر بن عبيد عن ابي الزبير عن جابر فذكره و عن ابي يعلى فرواه ابن حبان في كتاب الضعفاء. و قال مبشر بن عبيد يروي عن الثقات الموضوعات لايحل كتب حديثه الا على جهة التعجب. و قال البيهقي و في اعتبار الكفاءة أحاديث لايقوم باكثرها حجة و أمثلها حديث علي رضي الله تعالى عنه ثلاثة لاتؤخرها، و فيه الايم اذا وجدت لها كفواً. قلت هذا الحديث رواه الترمذي(١) في الصلاة في الجنازة حدثنا قتيبة حدثنا عبد الله بن وهب عن سعيد بن عبدالله الجهني عن محمد بن عمر بن علي بن ابي طالب عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ياعلي ثلاثة لاتؤخرها الصلاة اذا انت و الجنازة اذا حضرت و الايم اذا وجدت لها كفواً و قال الترمذي حديث غريب و ما ارى اسناده متصلاً و اخرجه الحاكم(٢) في مستدركه، كذلك في كتاب النكاح، و قال صحيح الاسناد و لم يخرجاه. و المصنف استدل بالحديث الذي ذكره في اعتبار الكفاءة و لم يتعرض لاشتراطها و لا ذكر الخلاف فيه، و الحديث شاهد على اشتراطها، و قال البيهقي في المعرفة و اصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة رضي الله عنها(٣) لانه عليه الصلوة و السلام انما خيرها لان زوجها لم يكن كفواً لها و استدل ابن الجوزي في التحقيق على اشتراطها بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها انه عليه الصلوة و السلام قال تخيروا لنطفكم و انكحوا الاكفاء قلت هذا اخرجه ابن ماجة(٤) و الحاكم في مستدركه من رواية الحارث بن عمران

(١) الترمذي باب تعجيل الجنائز ص١٢٧ ج١. (٢) الحاكم في المستدرك ص١٦٢ ج٢ و قال هذا حديث غريب صحيح و تبعه الذهبي في تلخيصه و صححه كذا في حاشية نصب الراية ص١٩٧ ج٣. (٣) حديث بريرة رضي الله تعالى عنها اخرجه البخاري كتاب النكاح باب الحرة تحت العبد ص٧٦٣ ج٢ و كتاب الطلاق باب لايكون بيع الامة طلاقا ص٧٩٥ ج٢ و مسلم كتاب العتق باب الولاء لمن اعتق ص٤٩٤ ج١ و ابوداود كتاب الطلاق. باب المملوكة تعتق و هي حرة ص٣١٠ ج١ والترمذي كتاب الرضاع. باب في الامة تعتق و لها زوج ص١٣٨ ج١ و النسائي كتاب الطلاق باب خيار الامة ص١٠٥ ج٢ و ابن ماجة ابواب الطلاق باب خيار الامة اذا اعتقت ص١٥١ و التفصيل في نصب الراية ص٢٠٥ ج٣. (٤) ابن ماجة باب الاكفاء ص١٤٢ و في نصب الراية ص١٩٧ ج٣ حديث تخيروا لنطفكم الخ روى من حديث عائشة و انس و عمر بن الخطاب من طرق عديدة كلها ضعيفة استوفيناها و الكلام عليها في كتاب الاسعاف باحاديث الكشاف في اول سورة النساء انتهى. و في =>

و لان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة، لان الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلابد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلاتغيظه دناءة الفراش

عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم و انكحوا الاكفاء و انكحوا اليهم و قال الحاكم تابعه عكرمة بن ابراهيم عن هشام، ثم رواه كذلك، ثم قال هذا حديث صحيح الاسناد. و روى الحاكم أيضا من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جاءكم الاكفاء فانكحوهن و لاتربصوا لهن الحدثان، قال العباس بن حمزة احد رواة الحديث الحدثان الموت. (و لان انتظام المصالح) من المسكن والصحبة و الالفة و التوالد و التناسل و تأسيس القرابات (بين المتكافئين عادة) لان انتظام المصالح لايكون الا بهما بخلاف غيرالمتكافئين و المتكافئان المتساويان. و قال ابن الاثير في حديث العقيقة عن الغلام شاتان متكافئتان أي متساويتان و هو بكسر الفاء و المحدثون يقولون متكافأتان بالفتح، و أرى الفتح اولى، انتهى(١) و انما ذكرت هذا لاجل وقوع هذا اللفظ في الكتاب. (لان الشريفة) سواء كانت في الحسب او النسب (تابى أن تكون مستفرشة للخسيس) أي للرجل الخسيس في الحسب و الحرفة الدنية (فلابد من اعتبارها) أي اعتبار الكفاءة لان ملك النكاح ذل اذ النكاح رق حكماً اليه اشار قوله عليه الصلوة و السلام النكاح رق(٢) فلينظر احدكم ابن يضع كريمته و اذلال النفس حرام، قال عليه الصلوة و السلام ليس للمؤمن(٣) أن يذل نفسه (بخلاف جانبها) اي جانب المرأة (لان الزوج مستفرش) بكسر الراء (فلاتغيظه دناءة الفراش) فليس فيه اذلال النفس، فان نسب الولد لايكون الى امه بل يكون الى ابيه والولي لايعير بان يكون تحت الرجل من لايكافئه. و في المحيط الكفاءة من جانب النساء غير معتبرة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الصحيح من

=> فتح القدير ص١٨٥ ج٣ تخيروا لنطفكم الخ روى ذالك من حديث عائشة و انس و عمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه الى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى و ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم و في هذا كفاية انتهى.

(١) انتهى و تمام عبارة الاثير، و ارى الفتح لانه يريد شاتين قد سوى بينهما او مساوى بينهما و اما بالكسر فمعناه انهما متساويتان فيحتاج ان يذكر اي شيء مساويا و انما لو قال متكافئتان كان الكسر اولى قال الزمخشري لافرق بين المكافئتين (اسم الفاعل) و المكافأتين (اسم المفعول) لان كل واحدة اذا كافأت اختها فقد كوفئت فهي مكافئة (اسم الفاعل) و مكافأة (اسم المفعول) انتهى. (٢) النكاح رق الخ كذا في المغنى عن حمل الاسفار للعراقي ص٤٣ ج٢ كذا في الموسوعة لاطراف الحديث النبوي الشريف ص١٠٦ ج١٠. (٣) ليس للمؤمن الخ رواه العزلة لابى خطاب البستى ص٣٩ كذا في الموسوعة ص٨٥٨ ج٦.

و اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر،

مذهب الشافعي و ابن حنبل رحمهما الله تعالى و عندهما معتبرة استحساناً نص عليه محمد في الجامع الصغير. و في الذخيرة و روى هشام عن ابي يوسف انه لو تزوج امرأة على انها قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنده و عند ابي حنيفة لاخيار له حتى لم يكن للاولياء الاعتراض على الشريف اذا تزوج وضيعة، و في المفيد و المزيد غير معتبرة في ظاهر الرواية، و قيل معتبرة عندهما. (و اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فلاولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن انفسهم) أما التفريق فما لم تلد المرأة، و فيه خلاف قد مضى، و لايبطل حق الولي بالسكوت بعد العلم، و ان طال السكوت و لايكون التفريق الا عند القاضي لانه مجتهد فيه، و كل من الخصمين يتشبث بدليل فلايقطع الخصومة الا بفصل من له ولاية عليهما كالفسخ بخيار البلوغ، و ما لم يفرق القاضي فحكم الطلاق و الارث قائم و لان النكاح انعقد صحيحاً في ظاهر الرواية، و هذه الفرقة ليست بطلاق لانه تفريق على سبيل الفسخ لاجل النكاح و الطلاق تصرف في النكاح و لامهر له إن لم يدخل بها فلها المسمى. و أما اذا رضى بعض الاولياء فيسقط حق الباقين، الا أن يكون الباقي اقرب من الراضي. و قال ابويوسف و زفر و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول لايسقط حق الباقين، لانه حق الكل فلايسقط الا برضى الكل كالدين المشترك اذا ابرئ احدهم قلنا(١) انه حق واحد لايتجزأ لانه ثبت بسبب لايتجزأ فثبت لكل واحد على الكمال، كولاية الامان اذا أبطله احدهم لايبقى ضرورة كحق القصاص. (ثم الكفاءة تعتبر في النسب) و في المبسوط(٢) الكفاءة تعتبر في حق الرجل في النسب و الحرية و المال و الحرفة والحسب. و في فتاوى الوالوالجي في التقوى و اسلام الاب و العقل أيضا، و في المنهاج عند الشافعي تعتبر الكفاءة في سلامة العيوب التي ترد بها و النسب و الحرية و العفة و الحرفة، و هي خمس، و مثله عن احمد و عنه الدين و المنصب. (لانه) أي لان النسب (يقع به التفاخر) و هذا ظاهر، و كان سفيان الثوري لايعتبر الكفاءة فيه، لان الناس سواسية و قال عليه الصلوة و السلام الناس سواسية(٣) كأسنان المشط، لافضل لعربي على عجمي، انما الفضل بالتقوى. و قال

---

(١) قلنا الخ كذا في الفتح ص١٨٧ ج٣. (٢) المبسوط للسرخسي ص٢٤ ج٥. (٣) الناس سواسية الخ و في الموسوعة ص٩٥ ج١٠ الناس سواء كاسنان المشط تاريخ بغداد للخطيب ص٥٧ ج٧ كامل ابن عدى ص١٠٩٩ ج٥ و في الموسوعة ص٩٦ ج١٠ الناس مستوون كاسنان المشط كتاب العلل لابن ابى حاتم ص١٨٢٩ و كشف الخفاء للعجلونى ص٤٥١ ج٢ و اللآلي المصنوعة للسيوطى ص١٥٦ ج٢.

فقريش بعضهم اكفاء لبعض، و العرب بعضهم أكفاء لبعض، و الاصل فيه قوله عليه الصلوة و السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن، و العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، و الموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل

الجوهري(١) تقول مررت برجل سواك(٢) و سواك و سوائك، أي غيرك و هما في هذا الامر سواء، و إن شئت سواءان و هم سواء للجمع، و هم أسواء و هم سواسية، أي اشباه، مثل ثمانية على غير قياس و وزنه(٣) فعافلة ذهبت منه الحرف الثالث و أصله الياء فقريش اكفاء لبعضهم يدخل فيه بنوهاشم و بنو المطلب، خلافا للشافعي رحمه الله تعالى فيهما و احمد رحمه الله تعالى في الاول و القرشي من كان من ولد النضر بن كنانة و من لم يكن من ولد النضر من العرب فهو غير قرشي. و قال ابن عباس(٤) سموا بدابة في البحر لايظهر لها شيئ من الدواب الا اكلته فسميت قريش بها لاجل القهر و العز و الغلبة. و في البدائع و قريش كفؤ لجميع العرب كالهاشمي و المطلبي و النوفلي و الاموي و العبسي و التميمي و العدوي. و حاصله أن هاشما و عبد شمس و المطلب و نوفل هم اولاد عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب، فالاربعة اولاد جد رسول الله صلى الله عليه وسلم و عثمان رضي الله تعالى عنه أموي منسوب الى امية بن عبد شمس بن عبد مناف. و ابوبكر رضي الله تعالى عنه تميمي منسوب الى تيم بن مرة بن كعب، و عمر رضي الله تعالى عنه عدوي منسوب الى عدي بن كعب بن لؤي بن غالب و هؤلاء سادات قريش. (فقريش بعضهم اكفاء لبعض) لصلاحية كل منهم الخلافة بخلاف العرب غير قريش ليست كفواً لقريش لعدم مساواتهم لقريش، لانهم لايصلحون للخلافة (و العرب بعضهم اكفاء لبعض) و ليس اكفاء لقريش (و الاصل فيه) اي في هذا الباب (قوله عليه الصلوة و السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن و العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، و الموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل) قال السروجي لما روى عليه الصلوة و السلام انه قال قريش اكفاء... فذكر الحديث، ثم قال انما ذكرنا بصيغة التمريض لانى لم اجده في كتب الحديث، و انما ذكر في كتب الفقه فلهذا لم أجزم به، انتهى. قلت روى الحاكم(٥) حدثنا الاصم حدثنا

---

(١) قال الجوهري في الصحاح ص٢٣٨٥ ج٦ مادة سوا. (٢) سواك بضم السين و سواك (بكسر السين) و سوائك (على وزن حدائق). (٣) وزنه الخ و في الصحاح قال الاخفش وزنه فعافلة و في اللسان قال الاخفش وزنه فعلفلة و اطنب صاحب اللسان في تحقيق هذا اللفظ حسب دابه الكريم. (٤) و قال ابن عباس رضي الله عنه الخ رواه البيهقي كذا في عمدة القاري باب مناقب قريش ص٧٣ ج١٦ و فيه وجه التسمية بقريش فيه خمسة عشر قولا (ثم فصل تلك الاقوال). (٥) الحاكم و عند البيهقي في السنن باب اعتبار الصنعة في الكفاءة ص١٣٤ =>

الصغاني حدثنا شجاع بن الوليد حدثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبدالله بن ابي مليكة عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة و رجل برجل الا حائك و حجام. و قال صاحب التنقيح هذا منقطع اذا لم يسم شجاع بن الوليد بعض اصحابه، ورواه أبويعلى في مسنده من حديث بقية بن الوليد عن زرعة بن عبدالله الزبيدي عن عمران بن ابي الفضل الايلى عن نافع عن ابن عمر نحوه مرفوعاً سواء. و قال ابن عبدالبر، هذا حديث منكر موضوع، و قد روى ابن جريج عن ابن ابى مليكة عن ابن عمر مرفوعاً مثله، و لايصح عن ابن جريج. و رواه ابن حبان في كتاب الضعفاء و أعله بعمران بن ابي الفضل، و قال انه يروي الموضوعات عن الاثبات لايحل كتب حديثه، قوله قبيلة بقبيلة قال الكاكي أي و ليس بعض القبائل من قريش أولى من بعضهم، و قال الزبير بن بكار العرب ست طبقات شعب(١) و قبيلة و عمارة و بطن و فخذ و فصيلة، فالشعب يجمع القبائل و القبيلة تجمع العمائر و العمارة تجمع البطون و البطن يجمع الافخاذ، و الافخاذ تجمع الفصائل، فمضر شعب و ربيعة شعب و مدلج شعب و حمير شعب و سميت شعوبا لان القبائل تتشعب فكنانة قبيلة، و قريش عمارة و قصى بطن و هاشم فخذ، و العباس فصيلة. و قال تاج الشريعة العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة لا اعتبار لفضل بعض القبائل على بعض في حق الكفاءة الا بنو باهلة فانهم ليسوا بكفء لغيرهم من العرب لخساستهم و دنائتهم، حكي انهم كانوا يستخرجون النقي من عظام الموتى و يأكلون. قلت النقي بكسر النون و سكون القاف مخ العظم و شحم العين من السمن و الجمع النقاء. قوله - و الموالي افكاء لبعض قال الكاكي الموالي أي غير العرب، و سموا الموالي لانهم نصروا العرب، و سمي الناصر مولى قال الله تعالى و إن الكافرين لا مولى لهم أي لاناصر لهم، و لان قلاعهم فتحت على أيدي العرب فكانوا بسبيل من استرقاقهم، فكانهم كانوا عبيدهم ثم عتقوا بالمن عليهم فكانوا موالي العرب. و قال تاج الشريعة الموالي يعني العجم سموا بها لان بلادهم فتحت عنوة على أيدي العرب، ثم ذكر مثل الذي ذكرناه الآن. و قال الاكمل الموالي العتاء، لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت العجم حين قالوا الموالي بعضها اكفاء لبعض.

=> ج٧ راجع نصب الراية ص١٩٧ ج٣ و فتح القدير ص١٨٨ ج٣ و عمدة القاري ص٨٧ ج٢٠ و رواه الدارقطني و ابن عدى والبزار و التفصيل في نصب الراية. (١) شعب بفتح الشين و سكون العين و العمارة بفتح العين و قد تكسر كذا في روح المعاني تحت قوله تعالى و جعلناكم شعوبا و قبائل الجزء الرابع و العشرون ص١٦٢ ج١٣ و راجع لسان العرب مادة شعب.

و لايعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا، و عن محمد رحمه الله تعالى الا ان يكون نسباً مشهوراً كاهل بيت الخلافة، كانه قال تعظيماً للخلافة و تسكينا للفتنة و بنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب، لانهم معروفون بالخساسة،

قوله - رجل برجل - إشارة الى أن النسب لايعتبر فيهم، قال القفال و أبوعاصم من اصحاب الشافعي فانهم ضيعوا أنسابهم فلايكون التفاخر بينهم بالنسب، بل بالدين كما اشار اليه سلمان الفارسي رضي الله تعالى عنهم حين افتخرت الصحابة بالانساب و انتهى الامر اليه، فقيل سلمان بن من، فقال ابي الاسلام لا أب لي سواه، و الاصح من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى اعتبار نسب العجم كالعرب و العجمي ليس كفواً لعربية، و العربي غير القرشي غير كفؤ لقرشية. (و لايعتبر التفاضل فيما بين قريش) يعني بالنسب، لانهم ضيعوا أنسابهم و لايفتخرون بالانساب، و انما افتخارهم بالاسلام و الحرية فيعتبر ذلك فيما بينهم (لما روينا) و هو قوله عليه الصلوة و السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض. (و عن محمد رحمه الله تعالى إلا ان يكون) هذا الاستثناء من قوله و لايعتبر التفاضل فيما بين قريش يعني روى عن محمد لايعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب (نسبا مشهورا) في الحرمة (كاهل بيت الخلافة) فحينئذ يعتبر التفاضل، حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشياً ليس من اولادهم كان للأولياء الاعتراض (كأنه قال) هذا كلام المصنف، أي كان محمد قال ذلك (تعظيماً للخلافة و تسكيناً للفتنة) لا لانعدام أصل الكفاءة، و في خزانة الاكمل و قريش بعضهم اكفاء لبعض الا من كان من بيت الشرف، كالخلافة. (و بنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب) الباهلة(١) قبيلة من قيس عيلان، و هو في الاصل اسم امرأة من همدان، و التانيث للقبيلة سواء كان في الاصل اسم رجل او اسم امرأة و هم معروفون بالدناءة، و هو معنى قوله (لانهم معروفون(٢) بالخساسة) أي بالدناءة و الخسيس الدنئ، و الخسيسة و الخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس، و من خساستهم انهم كانوا يأكلون بقية العظام مرة ثانية و كانوا يطبخون عظام الميتة فيأخذون

---

(١) الباهلة و في الصحاح للجوهري ص١٦٤٢ ج٤ باهلة قبيلة من قيس عيلان و هو في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولده اليها انتهى و كذا في فتح القدير ص١٩٠ج٣. (٢) لانهم معروفون الخ و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ص١٩٠ ج٣ بعد هذا البحث و لايخلو عن نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب و اخلاقهم و قد اطلق و ليس كل باهلى كذالك بل فيهم الاجواد و كون فصيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذالك لايسرى في حق الكل انتهى و كذا في البحر عن الفتح ص١٤١ ج٣.

و اما الموالي فمن كان له أبوان في الاسلام فصاعداً فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه من أسلم بنفسه او له أب واحد في الاسلام لايكون كفؤاً لمن له أبوان في الاسلام لان تمام النسب بالأب و الجد وأبويوسف رحمه الله تعالى الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف، و من اسلم بنفسه لايكون كفؤاً لمن له أب واحد في الاسلام، لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام و الكفاءة في الحرية، نظيرها في الاسلام في جميع ماذكرنا

الدسومات منها، قال قائلهم و لاينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهلة، و من دنائتهم انهم كان لهم صنم من عجوة فوقع الغلاء فيهم فأكلوه، و كانت العرب يعيرونهم و يقولون بنو باهلة أكلوا آلهتهم. (و أما الموالي فمن كان له أبوان في الاسلام فصاعداً) نصب على الحال من أبوان أي ذهبا الى حالة الصعود على اثنين (فهو من الاكفاء) و فسره بقوله (يعني لمن له آباء فيه) أي في الاسلام، حاصله من كان له أبوان في الاسلام فله نسب صحيح يكون كفواً لمن له عشيرة آباء أو اكثر. (و من أسلم بنفسه أو له أب واحد في الاسلام لايكون كفواً لمن له أبوان في الاسلام، لان تمام النسب بالاب و الجد و ابويوسف رحمه الله تعالى الحق الواحد بالمثنى) يعني من كان له أب واحد في الاسلام يكون كفواً لمن له ابوان فيه. و في المبسوط و عن ابي يوسف الاكتفاء بالاب، و الصحيح ظاهر الرواية، و المذكور في الكتاب رواية عنه (كما هو مذهبه) أي مذهب ابي يوسف (في التعريف) أي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب و اسم أبيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف، و لا حاجة الى ذكر الجد، و به قال بعض اصحاب الشافعي و عندهما، لابد من ذكر الجد، و قال السروجي هذا اذا كان البلد صغيراً لايشاركه أحد في اسمه، أما اذا كان هناك من يشاركه في اسمه و اسم ابيه و جده لايكتفي بذلك حتي يذكر ما يميزه عنه (و من أسلم بنفسه لايكون كفواً لمن له أب واحد في الاسلام) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام) نقل(١) صاحب النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي، و اما في العرب فان من لا أب له في الاسلام من العرب و هو مسلم فهو كفؤ لمن له آباء في الاسلام، لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفواً لنسب آخر اذا كانا مسلمين، و أما العجم فقد ضيعوا أنسابهم و تفاخرهم بالاسلام، فمن له أهل اب في الاسلام يفتخر على من لا أهل له في الاسلام و لايعده كفواً له. (و الكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا) من الوفاق و الخلاف، يعني الكفاءة في الحرية معتبرة باجماع الفقهاء، حتى لايكون العبد كفؤاً لحرية الاصل، و كذا المعتق لايكون كفواً لحرة اصلية، و المعتق

---

(١) نقل الخ كذا في العناية ص١٩١ ج٣.

لان الرق أثر الكفر، و فيه معنى الذل، فيعتبر في حكم الكفاءة، قال و تعتبر ايضاً في الدين أي الديانة، و هذا قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالي هو الصحيح لانه من أعلى المفاخر، و المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه. و قال محمد رحمه الله تعالى لايعتبر(١) لانه من أمور

ابوه لايكون كفواً لمن لها ابوان في الحرية (لان الرق أثر الكفر، و فيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة) و عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه او اعتق أو احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفواً له. (قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (و تعتبر أيضا) أي تعتبر الكفاءة أيضا (في الدين) و فسره بقوله (أي في الديانة) و هو التقوى و الصلاح و الحسب و هو مكارم الاخلاق، و انما فسره(٢) بهذا لان مطلق الدين هو الاسلام و لا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة، انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد و ذلك لايكون الا في الدين بمعنى الديانة. (و هذا) أي اعتبار الكفاءة في الديانة (قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعي و مالك، فان مالكا يعتبر الكفاءة في الدين وحده و احمد في رواية لايعتبر الا في الدين و النسب و الاصح عند احمد مثل مذهب الشافعي حتى لو نحكحت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للاولياء حق الرد (هو الصحيح) احتراز(٣) عما روى عن ابي حنيفة ان الكفاءة في التقوى و الحسب غير معتبرة ذكره في المحيط، و عما روى عن ابي يوسف انها غير معتبرة في التقوى، و معتبرة في الحسب و الحسب مكارم الاخلاق، كذا في المحيط. و ذكر المحبوبي(٤) محيلا الى صدر الاسلام أن الحسيب هو الذي له جاه و حرمة و حشمة لايكون كفواً للخسيس الذي لا جاه له. و في جامع قاضي خان الحسيب كفو للنسيب، حتى ان الفقيه كفو للعلوي، لان شرف العلم فوق شرف النسب، و كذا الفقيه الفقير كفو للغني الجاهل و العالم العجمي كفو للعربي الجاهل و العربية. و قيل الاصح انه لا يكون كفواً للعربية. (لانه) أي لان الدين (من أعلى المفاخر) قال الله تعالى ان أكرمكم عند الله اتقاكم، (و المرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة نسبه) بفتح الضاد المعجمة و العين المهملة و اصله وضع، و الهاء عوض عن الواو، يقال في حسبه ضعة وضعة بكسر الضاد أيضاً ، و منه الوضيع و هو الدنئ من الناس، و المعنى المرأة يعيرها الناس بفسق زوجها باكثر ما تعير بدناءة نسب زوجها. (و قال محمد رحمه الله تعالى لاتعتبر) أي الكفاءة في الدين (لانه) أي لان الدين (من أمور

---

(١) لايعتبر – ن – لاتعتبر. (٢) و انما فسره الخ كذا في العناية. (٣) احتراز الخ راجع الشروح الثلاثة. (٤) المحبوبي الخ كذا في الكفاية.

الآخرة فلاتبتنى أحكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع و يسخر منه أو يخرج الى الاسواق سكران او يلعب به الصبيان لانه مستخف به قال و يعتبر(١) في المال وهو أن يكون مالكاً للمهر و النفقة و هذا هوالمعتبر في ظاهر الرواية حتى إن من لايملكهما او لايملك احدهما لايكون كفواً لان المهر بدل البضع فلابد من ايفائه و بالنفقة قوام الازدواج و دوامه، و المراد بالمهر قدر ماتعارفوا تعجيله، لان ما وراءه مؤجل عرفاً، و عن ابي يوسف رحمه الله

الآخرة فلا تبتني أحكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفح) أي الا اذا كان الزوج يصفع على صيغة المجهول، قال الجوهري الصفع كلمة مولدة، و الرجل صفعان، و قال غيره يصفع يضرب على قفاه (و يسخر) على صيغة المجهول (منه) أي من الزوج، اي يستهزئ به، و منه المتمسخر (أو يخرج) أي الزوج (الى الاسواق) حال كونه (سكران و يلعب به الصبيان لانه مستخف به) أي بذلك الصفع. و في المحيط و عليه الفتوى، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال الذي يشرب المسكر، فان كان يشرب مسكراً و لايخرج سكران فهو كفؤ و إن كان يعلن ذلك لم يكن كفؤاً لامرأة صالحة من اهل البيوتات، و لم ينقل عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك شيء، و الصحيح عنده انه غير معتبر، لان هذا ليس بلازم يمكن تركه. و في الفتاوى الظهيرية لو تزوج و هو كفو، ثم صار فاسقاً لايفسخ النكاح، لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح لا استمرارها بعد النكاح. و في الحاوي ذكر شيخ الاسلام ان الفاسق لايكون كفواً للعدل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و إن لم يعلن الفسق. (قال و تعتبر) أي الكفاءة (في المال و هو) اي الاعتبار في المال (أن يكون مالكاً للمهر و النفقة) و النفقة تتناول الكسوة، لانها مما ينفق على الزوجة (و هذا) أي كونه مالكا للمهر و النفقة (هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لايملكهما) أي المهر و النفقة (أو لايملك احدهما لايكون كفواً لان المهر بدل البضع فلابد من ايفائه و بالنفقة قوام الازدواج و دوامه) فلابد من ذلك، و قيل إن كان الرجل ذا جاه كالسلطان و العالم فهو كفؤ و إن لم يملك النفقة، و في الذخيرة إن قدر على نفقتها بالتكسب و لم يقدر على المهر، اختلفوا فيه، و أكثرهم على انه لايكون كفواً، و ذكر هشام عن ابي يوسف انه يكون كفواً، و كذا روى عن محمد. و في جوامع الفقه و من قدر على المهر و نفقة شهر فهو كفؤ. (و المراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله، لان ما وراءه مؤجل عرفاً) أي من حيث العرف، و ليس بمطالب به فلاتسقط الكفاءة. و في المجتبى قلت في عرف اهل خوارزم كله مؤجل فلايعتبر القدرة عليه. (و عن ابي يوسف رحمه الله

---

(٢) و يعتبر – ن – و تعتبر.

تعالى انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر، لانه تجري المساهلة في المهر(١) و يعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه، فأما الكفاءة في الغني فمعتبرة في قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى حتى أن الفائقة في اليسار لايكافئها القادر على المهر و النفقة، لان الناس يتفاخرون بالغني و يتعيرون بالفقر.

تعالى انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر) هذا(٢) غير ظاهر الرواية، و روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفؤ هو الذي يقدر على المهر و النفقة فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفء. قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفوًا، و عن ابي حنيفة و محمد و بعض اصحاب الشافعي مثل قول ابي يوسف رحمهم الله تعالى وفي جامع شمس الائمة المعتبر نفقة سنة، و قيل نفقة شهرين(٣) و في المحيط هذا اذا صلحت لجماع و الا فلاتعتبر القدرة على النفقة كالصغيرة جداً و الصبي كفؤ بغني أبيه هو الصحيح، و لو كان له ألف درهم و عليه ألف درهم دين و زوج امرأة بألف فهو كفو و هو الصحيح، و لو كان له ألف درهم دين و زوج امرأة بألف فهو كفؤ لها في قول ابي حنيفة و محمد و به قال بعض اصحاب الشافعي في وجه و قال ابويوسف لايعتبر و به قال بعض اصحاب الشافعي في الاظهر. (لانه تجرى المساهلة في المهور) أي لان الشان يجري التسهيل و التاجيل في المهر (و يعد المرء قادراً عليه) أي على المهر (بيسار أبيه)(٤) و لايعد قادراً على النفقة بيسار الاب، و في الذخيرة اذا كان يجد نفقتها و لايجد نفقة نفسه فهو كفؤ، و في منية المفتي من لم يملك النفقة فلايكون كفوًا موسرة كانت المرأة أو فقيرة. (و أما الكفاءة في الغني فمعتبرة عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و في اكثر النسخ في قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و به قال بعض الشافعية (حتى ان الفائقة) أي المرأة الفائقة (في اليسار لايكافئها القادر على المهر و النفقة لان الناس يتفاخرون بالغني و يتعيرون بالفقر) و هذا القول مذكور عنهما في غير رواية الاصول، و في كتاب النكاح لايشترط الا القدرة على المهر والنفقة، و قال الامام السرخسي(٥) في مبسوطه و صاحب الذخيرة و الاصح ان ذلك لايعتبر لان كثرة المال مذمومة في الاصل، قال عليه الصلوة و السلام هلك المكثرون(٦)

---

(١) المهر – ن – المهور. (٢) هذا الخ كذا في العناية ص١٩٢ ج٣. (٣) شهرين و قيل ستة اشهر كما في الفتح ص١٩٢ ج٣. (٤) بيسار ابيه الخ و في العناية ص١٩٢ ج٣ قال الصدر الشهيد ان المهر يجرى فيه التسهيل و التاجيل و يعد قادرا على المهر بيسار ابيه و امه و جده و جدته و لايعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدائرة. (٥) السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط ص٢٥ ج٥. (٦) المكثرون الخ اخرجه الامام احمد رحمه الله عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه في مسنده ص٣٠٩ =>

و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد و رائح، و تعتبر في الصنائع، و هذا عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في ذالك روايتان و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايعتبر الا ان يفحش كالحجام و الحائك و الدباغ، وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف و يتعيرون

الا من قال بماله هكذا و هكذا أي تصدق به. (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايعتبر لانه لا ثبات) أي لان الغني لا ثبات (له إذ المال غاد و رائح) أي لان المال لايستمر في يد شخص لانه يروح و يأتي، و كم من شخص يمسى غنياً و يصبح فقيراً او بالعكس. (و تعتبر) أي الكفاءة (في الصنائع) أي الحرف (و هذا) أي اعتبار الكفاءة (عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى) هكذا في اكثر النسخ، و هكذا اورد شيخ الاسلام خواهر زاده و ذكر فخر الاسلام أن هذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و به قال الشافعي حتى لايكون الحجام و الكناس و الدباغ كفواً للبزاز و العطار، أما العطار فهو كفؤ للبزاز. (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك) أي في اعتبار الكفاءة في الصنائع (روايتان) و أظهرهما انه لايعتبر حتى يكون البيطار كفؤاً للعطار، و هو رواية عن محمد، و عنه في رواية الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك و الحجام. (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى أنه) أي الكفؤ (لايعتبر) في الصنائع (الا ان يفحش كالحجام و الحائك و الدباغ) و في الغاية الكناس والحجام و الدباغ و الحارس و السايس و الراعي و القيم أي الغسلان في الحمام ليسوا كفؤاً لبنت الخياط و لا الخياط لبنت البزاز و التاجر و لا هما لبنت عالم و قاض و الحائك ليس بكفء لبنت الدهقان و ان كانت فقيرة. و قيل هو كفؤ، و أما الكفاءة في العقل فقد قال في المحيط و المبسوط لارواية فيها عن المتقدمين من أصحابنا، ثم قيل تعتبر فلايكون المجنون كفؤاً للعاقلة، لان الجنون يفوت مقاصد النكاح، فهو أشد من الفقر و دناءة الحرفة، و قيل لاتعتبر لان الجنون بمنزلة المرض و سائر الامراض لاتسلب الكفاءة، و كذا الجنون. و في المرغيناني لايكون المجنون كفؤاً للعاقلة، و عند بقية الائمة هو من العيوب التي يفسخ النكاح بها. و في المحيط وغيره و هنا جنس خامس أخس من الكل، و هو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكريا(١) قلت و في مصر جنس سادس أخس من كل جنس و هم الطائفة الذين يسمون السرابانية و انهم ينظفون الميض و بيوت الخلاء، و يغوطون في أوساخ الناس. (وجه الاعتبار) أي اعتبار الكفاءة في الصنائع (أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف و يتعيرون

=> و ٥٢٥ و ٥٣٥ ج٢ و نحوه عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ص٣١ و ٥٢ ج٣. (١) شاكريا كذا في البحر الرائق ص١٤٣ ج٣.

بدناءتها وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة، و يمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها. قال و اذا تزوجت المرأة و نقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها، و قالا ليس لهم ذلك، و هذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله تعالى على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي و قد صح ذلك و هذه شهادة صادقة عليه. لهما ان ما زاد على العشرة حقها،

بدناءتها) أي دناءة الحرف، قال عليه الصلوة و السلام الناس أكفاء الا الحائك و الحجام، كذا ذكره الكاكي والله اعلم بصحته. (وجه القول الآخر) و هو عدم الاعتبار (ان الحرفة ليست بلازمة) لاتنفك من الرجل (و يمكن التحول عن الخسيسة) أي عن الحرفة الخسيسة (الى النفيسة) أي الحرفة النفيسة (منها) أي من الحرف بخلاف النسب، لانه صفة لازمة، و الفقر كذلك اذ لا يفارقه عادة. (و اذا تزوجت المرأة و نقصت عن مهر مثلها) أي بما لايتغابن الناس في مثله (فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها) و لاتكون طلاقاً لانها ماوقعت من قبل الزوج، و لايكون لها المهر ان كانت الفرقة قبل الدخول و بعده لها المسمى. (و قالا ليس لهم ذلك) أي الاعتراض (و هذا الوضع) أي وضع القدوري رحمه الله هذه المسألة على هذا الوجه (انما يصح على قول محمد رحمه الله تعالى على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي و قد صح ذلك) أي الرجوع (و هذه) أي هذه المسألة (شهادة صادقة عليه) أي على رجوع محمد الى قولهما في النكاح بغير ولي، فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض. و قال الاكمل(١) أقول هذا انما يستقيم ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي و ليس كذلك، فانه لو اذن لها الولي بالنكاح و لم يسم مهراً فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسألة على قول محمد الاول، و كذلك لو أكره السلطان امرأة و وليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه و رضيت المرأة دون الولي ليس له ذلك في قول محمد الاول، فلم يكن هذا في هذا الموضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما، انتهى. قلت هذا كله خلاصة ما قاله صاحب النهاية وغيره، و قال صاحب الاسرار تاويل المسألة فيما اذا اكرهت المرأة و الولي على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها، ثم زال الاكراه فرضيت المرأة و ابى الولي فليس له ذلك عندهما، ثم قال او طلبت من الولي التزويج باقل من مهر مثلها لم يجبر الولي. (لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان ما زاد على العشرة حقها) لانها تملك

---

(١) الاكمل في العناية ص١٩٤ ج٣.

و من أسقط حقه لايعترض عليه كما بعد التسمية، و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهر(١) و يتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لايتعير به، و اذا زوج الاب ابنته الصغيرة و نقص من مهرها او ابنه الصغير و زاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما، و لايجوز ذلك لغير الاب و الجد، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا لايجوز الحط و الزيادة الا بما يتغابن الناس فيه، و معنى هذا الكلام انه لايجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر، فعند فواته يبطل العقد، و هذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع

اسقاطه و اثباته (و من أسقط حقه لايعترض عليه كما بعد التسمية) يعني لو أبرأت بعد تسمية المهر لايكون للولي الاعتراض لانه بدل بضعها، فلها التصرف فيه كيف شاءت. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهر و يتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة) أي في التعيير فلهم الاعتراض (بخلاف الابراء) بعد التسمية جواب عن قولهما بعد التسمية (لانه لايتعير به) لانه ابراء وهبة، و هذا من باب المروءة، فليس لهم اعتراض. و عند الشافعي و مالك و احمد لايتصور الخلاف في هذه المسألة لانتفاء جواز النكاح بدون الولي عندهم. (و اذا زوج الاب ابنته الصغيرة و نقص من مهرها او ابنه الصغير) أي زوج ابنه الصغير و زاد في مهر امرأته (جاز ذلك) أي جاز النقصان على الصغيرة، و الزيادة على الصغير (عليهما) أي على الصغيرة و الصغير (و لايجوز ذلك لغير الاب و الجد، و هذا) أي جواز الزيادة و النقصان (عند ابي حنيفة) و به قال مالك و احمد رحمهم الله تعالى في الاب. (و قالا لايجوز الحط و الزيادة الا بما يتغابن الناس فيه) و به قال الشافعي و الظاهرية، فعندهم لايجوز الا بمهر المثل، و يكمل النقص و يسقط الزيادة (و معنى هذا الكلام) أي كلام الصاحبين (انه لايجوز العقد عندهما) انما قال ذلك(٢) لان عند بعض اصحابنا اصل النكاح صحيح، و لايجوز الحط و الزيادة، و به قال الشافعي و يرد الى مهر المثل، لان المانع من قبل المسمى و فساده لايمنع صحة النكاح، كما لو كان المسمى خمراً، لانه ذكر في الكتاب لايجوز عندهما مطلقاً، فحمله البعض على ذلك و الاصح ان النكاح باطل عندهما، كما في غير الاب و الجد (لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته) اي فعند فوات النظر (يبطل العقد) من الاصل كالمأمور بالعقد بشرط يبطل عقده اذا عدم الشرط (و هذا) أي بطلان العقد (لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع)

---

(١) المهر – ن – المهور. (٢) انما قال ذلك الخ راجع الشروح الثلاثة.

و لهذا لم يملك ذلك غيرهما و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الحكم يدار على دليل النظر و هو قرب القرابة و في النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية فهي(١) المقصودة في التصرف المالي،

يعني اذا باع باقل من قيمته او اشترى باكثر من قيمته و كان بحيث لايتغابن الناس في مثله، فاذا لايجوز العقد (و لهذا) أي و لاجل تقيد الولاية بالنظر (لم يملك ذلك) أي المذكور من حط مهر المثل والزيادة عليه (غيرهما) أي غير الاب والجد بالاتفاق. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الحكم يدار على دليل النظر) و النظر و الضرر في هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل يدل عليه (و هو قرب القرابة) الداعية اليه و هو موجود هاهنا فيترتب عليه الحكم و هو جواز النكاح (و في النكاح مقاصد) تقرير هذا الكلام أن المقصود من العقد ليس حصول المال البتة، لان في النكاح مقاصد سوى المال الذي هو المهر (تربو) أي تزيد (على المهر) من الكمالات المطلوبة(٢) في الاختتان و العرائس فالظاهر انه قصد في الصداق لتوفير سائر المقاصد التي هن أنفع لها من الصداق فكلامه يدل على اشتمال العقد على المصلحة، فصار كالوصي اذا صالح بمال اليتيم جاز و ذالك لحصول النظر، و إن كان في الظاهر اتلاف مال اليتيم، و كان تصرف الاب في هذا واقعاً بشرط النظر حتى اذا علم سوء الاختيار منه مجانة او فسقا كان عقده باطلا(٣) و قد روى انه عليه الصلوة و السلام تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها على صداق خمسمائة درهم(٤) زوجها ابوبكر رضي الله تعالى عنه، و زوج فاطمة من علي رضي الله تعالى عنهما على صداق اربعمائة درهم(٥) و معلوم أن ذلك لم يكن صداق مثلهما، لانها مجمع الفضائل فلاصداق في الدنيا يزيد على هذا المقدار. (أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي) هذا جواب عن قولهما كما في البيع، تقريره قياسهما على البيع غير صحيح، لان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية،

---

(١) فهي – ن – هي. (٢) المطلوبة الخ راجع العناية و الفتح. (٣) باطلاً كذا في الفتح ص١٩٤ ج٣ و الكفاية ص١٩٥ ج٣. (٤) خمسمائة درهم عن ابي سلمة انه قال سالت عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت كان صداقه لازواجه ثنتي عشرة اوقية و نشا قالت اتدرى ما النش قال قلت لا قالت نصف اوقية فتلك خمس مائة درهم فهذا صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لازواجه رواه مسلم باب الصداق ص٤٥٨ ج١ و ابوداود باب الصداق ص٢٩٤ ج١ و النسائى باب القسط في الاصدقة ص٨٦ ج٢ و ابن ماجة باب صداق النساء ص١٣٧. (٥) درهم الخ و في حاشية البخاري لمحدث احمد على السهارنفوري رحمه الله تعالى في باب مناقب فاطمة رضي الله عنها و قيل ان عليا تزوج فاطمة رضي الله تعالى عنها على اربع مائة و ثمانين نقله عن الاستيعاب مختصرا و راجع فتح القدير ص١٩٦ ج٣.

و الدليل عدمناه في حق غيرهما، و من زوج ابنته و هي صغيرة عبداً او زوج ابنه و هو صغير أمة فهو جائز قال رحمه الله تعالى و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى أيضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها، و عندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلايجوز و الله اعلم.

فاذا فسد لم يكن شيء في مقابلتها يجبر به خلل الغبن الفاحش، فلهذا يثبت الاعتراض، و في المجتبى و قيل يجوز بيع الاب مال ابنه الصغير بغبن فاحش، فلان يجوز النكاح بالطريق الاولى، و به قال الشافعي في الاصح و احمد، و في قول مثل قول ابي حنيفة لكن لها الخيار اذا بلغت، أما لو زوج ابنه الصغير امة لايجوز عند الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لعدم خوف العنت، و لو زوج ابنه الصغير لايثبت المهر في ذمة الاب، بل يثبت في ذمة الابن عندنا سواء كان الاب موسراً او معسراً و به قال الثوري و الاوزاعي و احمد، و قال الشافعي يثبت في ذمة الاب، و به قال حماد شيخ ابي حنيفة، و قال مالك و الليث في الابن المعسر على الاب، و هو رواية عن احمد رحمهم الله تعالى. (و الدليل عدمناه في حق غيرهما) هذا جواب عن قولهما، فلهذا لايملك ذلك غيرهما، و اراد بالدليل وفور الشفقة، و تقريره أن الدليل الدال على النظر معدوم في حق غير الاب و الجد، فلذلك لايجوز لغيرهما، و قوله - و الدليل - مرفوع على الابتداء و خبره. قوله - عدمناه - و يجوز أن يكون و الدليل منصوباً بفعل مقدر يفسره الظاهر تقديره و عدمنا الدليل فحذف حتى لايجتمع المفسر و المفسر. (و من زوج ابنته و هي صغيرة عبداً او زوج ابنه و هو صغير أمة فهو جائز) الواو في و هي صغيرة للحال، و كذا الواو في قوله - و هو صغير - و عند الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لايجوز له تزويج ابنه الصغير أمة لعدم خوف العنت على اصلهم(١) فلايزوجه المعيبة على المذهب، و يجوز له تزويج من لاتكافئه في الخصال على الاصح ذكره في المنهاج، و فيه و لو زوجها السلطان من غير كفؤ و ليس لها ولي لم يصح في الاصح. (قال المصنف رحمه الله تعالى و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) أي الجواز عند ابي حنيفة (أيضاً لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها) أي لمصلحة تفوق نفعها، و قدراه الاب بفوات الكفاءة فلا اعتراض حينئذ في ذلك (و عندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلايجوز) و التعليل من الجانبين نظير التعليل في المسألة السابقة فافهم.

---

(١) على اصلهم - و في تكملة شرح المهذب ص١٩٧ ج١٦ فان زوجه (ابنه الصغير) بامة لم يصح قولا واحدا لان تزويج الامة انما يصح للحر اذا لم يجد طول حرة و يخاف العنت.

فصل في الوكالة بالنكاح و غيرها

و يجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه، و قال زفر رحمه الله تعالى لايجوز و اذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز، و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لايجوز لهما أن الواحد لايتصور أن يكون مملكاً و متملكا كما في البيع الا ان الشافعي رحمه الله تعالى يقول

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

أي هذا فصل في بيان حكم الوكالة بالنكاح وغيرها، أي غيرالوكالة كنكاح الفضولي و الولي، لان هذا الفصل يشتمل على احكام الوكيل و الفضولي والولي، و لما كانت الوكالة فرعاً من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة. (و يجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) أي بنت عمه الصغيرة بغير اذنها، و البالغة باذنها صورته أن يقول اشهدوا أني زوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان من نفسي، و به قال مالك(١) و احمد و الثوري و ابوثور و الظاهرية و اليه ذهب الحسن البصري و محمد بن سيرين و اسحاق، و اختاره ابوبكر بن المنذر رحمهم الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى لايجوز) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. (و اذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز) أي ذلك عندنا (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لايجوز) و قال احمد رحمه الله تعالى يرد امرها الى غيره ليزوجها، و قال قتادة يزوجها منه ابن عم هو أبعد منه، و هكذا الخلاف في الوكيل اذا زوجها من نفسه، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز ذلك أي الا في احد الوجهين. (لهما) أي لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى انما جمع دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى و هو (ان الواحد لايتصور أن يكون مملكاً و متملكاً) بشيء واحد في زمن واحد (كما في البيع) يعني لو وكل المشتري البائع بأن يبيع سلعة من نفسه لاتصح هذه الوكالة، و لا هذا البيع أو وكل زيد رجلا مثلاً بشراء شيء بعينه و وكل صاحب العين ذلك الرجل أيضاً بان يبيعه من زيد لايجوز كما أن الواحد يصير مملكاً و متملكاً. (الا ان الشافعي رحمه الله تعالى يقول) أشار بالاستثناء الى أن دليل الشافعي و زفر رحمهما الله تعالى و إن كان مشتركا في المعنى المذكور و لكنه استثنى الولي، لان مذهبه

---

(١) و به قال مالك الخ راجع المغنى ص٣٦١ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص١٧٢ ج١٦ و فتح القدير ص١٩٧ ج٣ و اعلاء السنن ص٧٨ ج١١.

في الولي ضرورة، لانه لايتولاه سواه و لاضرورة في الوكيل. و لنا ان الوكيل في النكاح معبر و سفير(١) و التمانع في الحقوق دون التعبير و لاترجع الحقوق اليه بخلاف البيع، لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه، و اذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين و لا(٢) يحتاج الى القبول. قال و تزويج العبد و الامة بغير اذن مولاهما موقوف، فان جاز المولى جاز، و ان رده بطل، و كذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه، و هذا عندنا، فان كل عقد صدر من الفضولي و له مجيز

فيه كمذهبنا حيث يقول (في الولي ضرورة لانه لايتولاه سواه) أي لان العقد لايتولاه سوى الولي، لان عبارة النساء غير صحيحة عنده (و لا ضرورة في الوكيل) أي لان في تقييد العقد بعبارة الولي ضرورة و لا ضرورة في الوكيل لان اكثر ما في الباب أن يامر غيره من احد الجانبين فيكون ماموره قائما مقامه و هو الولي من الجانبين شرعاً فيملك مباشرة العقد. (و لنا ان الولي في النكاح معبر و سفير) و الواحد يجوز آن يكون معبراً عن اثنين، و السفير في اللغة المصلح بين القوم، كذا في الديوان(٣) و قال ابن دريد في كتاب الجمهرة السفير بين القوم الماشي بينهم في الصلح (و التمانع) أي التنافي (في الحقوق) و هو كونه مطالباً و مطالباً و مسلماً و مسلماً، و مخاصماً و مخاصماً (دون التعبير) أي الولي يصلح أن يكون معبراً بين اثنين كما ذكرنا، فان العبارة تنتقل اليهما فيصير العقد بين شخصين فلايؤدي الى احكام مضادة (و لا ترجع الحقوق اليه) أي الى الوكيل لانه معبر لا مباشر (بخلاف البيع لانه) أي لان الوكيل في البيع (مباشر حتى رجعت الحقوق اليه) أي حقوق عقد البيع من مطالبة الثمن و تسليم المبيع و القيام بالعهدة وغيرها، كل ذلك يرجع الى الوكيل في البيع. (و اذا تولى طرفيه) أي اذا تولى الوكيل طرفي العقد (فقوله زوجت يتضمن الشطرين) أي قول الوكيل زوجت فلانة من فلان (يتضمن الشطرين) أي يقوم مقام شطري العقد و هما الايجاب و القبول و لايحتاج الى القبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين (فلا يحتاج الى القبول. قال) أي قال القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و تزويج العبد و الامة بغير اذن مولاهما موقوف، فان اجاز المولى جاز، و ان رده بطل، و كذلك) أي كذلك موقوف (لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلاً) أي او زوج رجل رجلاً (بغير رضاه عندنا) أي كون العقد موقوفاً على الاجازة مذهب أصحابنا (فان كل عقد صدر من الفضولي و له مجيز) أي للعقد مجيز رأي قابل يقبل الايجاب، سواء كان فضولياً

---

(١) معبر و سفير – ن – سفير و معبر. (٢) و لا – ن – فلا. (٣) الديوان و كذا في اللسان.

انعقد موقوفاً على الاجازة. و قال الشافعي رحمه الله تعالى تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه، و الفضولي لايقدر على اثبات الحكم فتلغو. و لنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً الى محله و لاضرر في انعقاده فينعقد موقوفاً حتى إذا رأي المصلحة فيه ينفذه، و قد يتراخى حكم العقد عن العقد

آخر أو وكيلا او أصيلا حالة الوقوع كالبيع والنكاح و الاجارة و نحوها، و انما قيد بقوله - و له مجيز- لانه اذا(١) لم يكن له مجيز كما اذا زوج الفضولي يتيمة لايتوقف العقد. فان قلت السلطان مجيز، و كذا القاضي فينبغي أن يتوقف العقد، قلت يمكن فرض المسألة في موضع لاسلطان فيه و لاقاضي كدار الحرب مثلا و من صورة تزويج المكاتب حيث لايتوقف بل يبطل لعدم المجيز، لان النكاح عيب و ليس بكسب، و لايجوز اجازة المكاتب، و كذا اجازة المولى لانه اجنبي عن كسب المكاتب. (انعقد موقوفاً(٢) على الاجازة) و به قال مالك و احمد في رواية، و قال ابوعمر في التمهيد لم يختلف قول مالك و اصحابه في العقد يتزوج بغير اذن سيده، اذ السيد بالخيار إن شاء أجازه، و ان شاء فسخه. و قال يحيى بن سعيد الانصاري الامر عندنا بالمدينة على هذا. و قال اسماعيل القاضي و هو قول سعيد بن المسيب والحسن البصري و الشعبي و الحكم، و جعل مالك التفرقة طلاقاً، و اجازوا توقف البيع على اجازة مالك، و اجمعوا على توقف الوصية على قبول الموصى له. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تصرفات الفضولي كلها باطلة) و به قال احمد في رواية (لان العقد وضع لحكمة) بناء على ان المقاصد الاصلية هو الحكم(٣) (و الفضولي لايقدر على اثبات الحكم فتلغو) و الا لجاز للناس تمليك اموال الناس للناس و فيه من الفساد ما لايخفى، و اذا كان لايقدر كان كلامه لغواً. (و لنا أن ركن التصرف) و هو الايجاب و القبول (صدر من أهله) و هو العاقل البالغ حال كونه (مضافاً الى محله) و هوالانثى من بنات آدم ليست بمحرمة و لا معتدة و لا مشركة و لا زائدة على العدد المنصوص (و لا ضرر في انعقاده) أي في انعقاد التصرف لكونه غير لازم (فينعقد موقوفاً) كيلا يلحق الضرر بالغائب (حتى اذا رأي المصلحة فيه ينفذه) و الا ابطله. (و قد يتراخى حكم العقد عن العقد) و هو جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لان العقد قد وضع لحكمه، هذا قول بالموجب يعني

---

(١) لانه اذا لم يكن له مجيز الخ راجع فتح القدير ص١٩٩ ج٣ و البحر الرائق ص١٤٨ ج٣. (٢) انعقد موقوفاً الخ راجع اوجز المسالك ص٢٨٠ ج٣ عنوان جامع مالايجوز من النكاح. و عمدة القاري باب اذا زوج ابنته و هي كارهة فنكاحها مردود ص١٣٠ ج٢٠. (٣) الحكم كذا في العناية و فيه بعده و الاسباب و العلل وسائل اليه.

و من قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل، و إن قال آخر أشهدوا اني زوجتها(١) منه فبلغها الخبر فاجازت جاز، و كذلك إن كانت المرأة هيَ التي قالت جميع ذلك، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى اذا زوجت نفسها

سلمنا ذلك، لكن الحكم هنا لم ينعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كالبيع بشرط الخيار، فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار ثم العبد اذا بنى بها ثم اجاز المولى النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول و مهر آخر بالاجازة قياساً لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد، و في الاستحسان يلزمه مهر واحد لان مهر المثل انما يلزمه بالعقد فلولاه للزم الحد، و المسمى أيضا يلزم بحكم العقد فلو لزم المهران للزم في العقد الواحد مهران و ذا لايجوز و في النهاية عقد الوكيل عند غيبة الموكل انما يصح اذا عرفه باسمه و نسبه، و في التعاريف زوجها من نفسه بامرها و قال اشهدوا أن فلانة و كلتني ان ازوجها من نفسي و لم ينسبها و لم يعرفها الشهود ينفذ فيما بينه و بين الله تعالى. و في النوازل ان لم ينسبها و لم يعرفها الشهود لايجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا ترى انه لو قال تزوجت امرأة و قد وكلتني لايجوز. و في شرح القاضي لو كانت منقبة لايعرفها و لايعرفها الشهود، فعن الحسن و بشر لايجوز ما لم ترفع نقابها و يراها الشهود، ذكره الامام التمرتاشي. (و من قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت) أي اجازت المرأة ما قاله الرجل في غيبتها (فهو باطل) عند ابي حنيفة و محمد خلافاً لابي يوسف رحمهم الله تعالى (و إن قال آخر) أي و ان قال فضولي آخر في هذه المسألة (اشهدوا اني قد زوجتها منه) أي قد تزوجت فلانة التي قال الرجل اشهدوا اني قد تزوجت فلانة (فبلغها الخبر) اي المرأة (فاجازت جاز) اي العقد، و الفرق بين المسألتين ان الاولى لامجيز لها فبطل و لايتوقف، و الثانية لها مجيز فيتوقف لما مر ان شرط التوقف وجود المجيز. (و كذلك) أي و كذلك يجوز(٢) (ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) يعني(٣) اذا قالت المرأة اشهدوا اني قد تزوجت فلاناً و خاطب عنه واحد في المجلس، فقال زوجته اياك، فبلغه الخبر فاجازت فهو جائز لوجود المجيز (و هذا عند ابي حنيفة و محمد) أي جميع ما ذكر قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى. (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى اذا زوجت نفسها

---

(١) اني زوجتها - ن - اني قد زوجتها. (٢) و كذلك يجوز كذا في الاصل المخطوط والمطبوع و لعل الصواب و كذالك الحكم. (٣) يعني الخ و في فتح القدير ص١٩٩ ج٣ يعني يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا اني قد تزوجت فلانا يعني الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فاجاز و ان قال آخر اشهدوا اني قد زوجته =>

غائباً فبلغه فاجاز جاز، و حاصل هذا ان الواحد لايصلح فضولياً من الجانبين او فضولياً من جانب و أصيلاً من جانب عندهما خلافاً له و لو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي و الاصيل جاز بالاجماع، هو يقول لو كان مأموراً من الجانبي ينفذ، فاذا كان فضولياً يتوقف و صار كالخلع و الطلاق و الاعتاق على مال، و لهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة

غائبا فبلغه الخبر) أي بلغ الغائب تزوجها نفسها اياه (فاجاز) اي فاجاز الغائب ذلك (جاز) أي العقد، و تجويز أبي يوسف المسألة في هذه الصور كلها. (و حاصل هذا) اي حاصل ما ذكر من الصور (ان الواحد لايصلح فضولياً من الجانبين او فضولياً من جانب و أصيلا من جانب عندهما) أي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (خلافاً له) أي لابي يوسف رحمه الله تعالى، و اجمع اصحابنا أن الواحد(١) يصلح وكيلا من جانب اصيلا من جانب و وكيلا من الجانبين، و ولياً من جانب اصيلا من جانب و وكيلا من الجانبين و وليا من جانب أصيلا من جانب، و ولياً من جانب وكيلاً من جانب في النكاح، و هل يصلح فضولياً من الجانبين او فضولياً من جانب وليا من جانب، او فضولياً من جانب وكيلا من جانب او فضولياً من جانب اصيلاً من جانب، حتى يتوقف العقد على الاجازة فعند ابي حنيفة و محمد لايصلح و لايتوقف، و عند ابي يوسف يصلح و يتوقف، أما كون الواحد أصيلا من الجانبين فهو محال. (و لو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي و الاصيل جاز بالاجماع) هاتان صورتان لا خلاف فيهما، و هما ظاهرتان (هو) أي ابويوسف (يقول لو كان) أي الفضولي (مأموراً من الجانبين ينفذ، فاذا كان فضوليا) يعني بغير أمر (يتوقف) لان كلام الواحد(٢) عقد تام في النكاح، باعتبار الاذن ابتداء، فكذا باعتبار الاجازة انتهاء، لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (و صار كالخلع) فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا و هي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق (و الطلاق) أي كالطلاق على مال(٣) (و الاعتاق) أي كالاعتاق (على مال) يرجع الى الطلاق و العتاق جميعاً كما فسرناه. (و لهما) أي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان الموجود شطر العقد) أي نصفه (لانه شطر) أي لان الموجود منه شطر (حالة الحضرة) أي حالة

=> منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز و ان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز و ان اجاز انتهى. (١) ان الواحد الخ راجع الفتاوى الهندية الباب السادس في الوكالة بالنكاح وغيرها ص٣٩٩ ج١ و البحر الرائق ص: ١٥ ج٣. (٢) لان كلام الواحد الخ كذا في العناية. (٣) على مال و في الكفاية ص٢٠٠ ج٣ قال طلقت امرأتي على كذا فبلغها الخبر فقبلت او قال اعتقت عبدي على كذا فبلغه الخبر فقبله.

فكذا عند الغيبة و شطر العقد لايتوقف على ماوراء المجلس كما في البيع، بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين و ما جرى بين الفضوليين عقد تام، و كذا الخلع و اختاه، لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به و من أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة، و لا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة و لا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق.

كونه حاضراً حتى ملك الرجوع قبل الآخر و يبطل بالقيام قبل قبول الآخر، و لو كان عقداً تاماً لم يكن كذلك (فكذا عند الغيبة) لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة و هي لم تختلف (و شطر العقد لايتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع) كما اذا قال الرجل بعت عبدي من فلان و لم يقبل عن المشتري احد او قال اشتريت عبد فلان و لم يقبل عن البائع احد او قال بعت عبد فلان من فلان و لم يقبل عنهما احد، فلما لم يتوقف لم ينفذ بالاجازة اللاحقة بعد المجلس (بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين) فيصير ككلامين (و ما جرى بين الفضوليين عقد تام) لوجود الايجاب و القبول الا انه لاينفذ في الحال بل يتوقف على اجازة المعقود له كيلا يلحق الضرر به. (و كذا الخلع و اختاه) أي الطلاق على مال و الاعتاق عليه (لانه تصرف يمين من جانبه) و لهذا كان لازماً لايقبل الرجوع و هو معنى قوله (حتى يلزم فيتم به) أي بالحالف لان اليمين لايتم الا بالحالف فكان عقداً تاماً، و انما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى، و انما قال تصرف يمين لانه كانه قال ان قبلت ألف درهم فهي طالق، و ان قبل كذا فهو حر، و القول شرط وقوع الطلاق و العتاق لاشطر العقد. (و من أمر رجلاً ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة) واحدة (لم يلزمه) أي الآمر (واحدة منهما) أي من الثنتين (لانه لا وجه الى تنفيذهما) أي تنفيذ العقد في اثنتين (للمخالفة) لان الآمر ما امر الا بان يزوجه امرأة فخالفه حيث زوجه اثنتين (و لا الى التنفيذ) أي ولا وجه الى تنفيذ العقد (في احداهما) حال كونها (غير عين) أي غير معينة للجهالة، لان النكاح في المجهولة يكون معلقاً بشرط البيان، و لا يجوز تعليق ملك النكاح بالاخطار (و لا الى التعيين) أي و لا وجه أيضا الى تعيين واحدة منهما (لعدم الاولوية) لان احداهما ليست بأولى من الاخرى فاذا كان الامر كذلك (فتعين التفريق) و في المسألة قيود الاول: انه أمره بان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين، فلو أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة واحدة فزوجه واحدة جاز الا اذا قال لاتزوجني الا امرأتين في عقدة فحينئذ لايجوز. و الثاني: انه امره أن يزوجه امرأة و لم يعينها، فلو عينها فزوجه أخرى معها يلزمه المعينة. و الثالث: ان الوكيل زوجه اثنتين في عقدة واحدة لانه لو زوجه في عقدتين لزمه

و من أمره أمير أن(١) يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى رجوعاً الى اطلاق اللفظ و عدم التهمة و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى لايجوز الا أن يزوجه كفواً

الاولى و نكاح الثانية موقوف على الاجازة، لانه فضولي عنه. و الرابع: قال لم يلزمه واحدة منهما و لم يقل لم يجز النكاح لانه جاز و ليس بنافذ لانه نكاح الفضولي لمخالفة الامر و في النهاية كان ابويوسف يقول اولا يصح احداهما بغير عينها و البيان الى الزوج لان المامور ممتثل امره في احداهما و لايبعد ان يكون احداهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلاثاً بغير عينها. قال شمس الائمة السرخسي و هذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتمالهما التعليق بالشرط دون النكاح و ما لايحتمل التعليق بالشرط لايثبت في المجهول، لانه يتعلق بالبيان بخلاف الطلاق. (و من أمره امير أن يزوجه امرأة) قيد بالامير و حكم غيره كذلك، و قال الامام المحبوبي و على هذ الخلاف اذا لم يكن أميراً (فزوجه) الوكيل (أمة لغيره) او حرة عمياء او مقطوعة اليدين، قال الكاكي او مفلوجة او مجنونة فعلي هذا كان قيد الامير اتفاقيا، و قيل قيده به لان الكفاءة في جانب النساء لا الرجال مستحسنة في الوكالة عندهما، اما لو زوجه صغيرة لاتشتهي يجوز بالاجماع لانه عليه الصلوة و السلام تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها و هي بنت ست سنين(٢) انتهى. قلت الظاهر ان ذكره بالامير موافقة للفظ محمد رحمه الله لان المسألة من مسائل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في أمير من امراء قريش أمرني أن أزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره قال جاز. و قال الاترازي انما وضع المسألة أبوحنيفة في نفسه واضعاً حيث جعل نفسه مأموراً و لايتفاوت الحكم بين أن يكون الموكل أميراً او غير أمير قرشياً او غير قرشي بعد أن يكون حراً فزوجه أمة لغيره انما قيد بقوله - أمة لغيره - اذ لو زوجه أمة نفسه لايجوز بالاجماع لمكان التهمة، ذكره في جامع قاضي خان. (جاز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) أي جاز التزويج فلايرد (رجوعاً الى اطلاق اللفظ) لان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة و الأمة كما اذا حلف لايتزوج امرأة يقع على الحرة و الامة جميعا (و عدم التهمة) أي و رجوعاً الى عدم التهمة، لان الامة ليست للوكيل فلايتهم. (و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى لايجوز الا ان يزوجه كفواً) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى أما

---

(١) ان - ن - بان. (٢) ست سنين اخرجه البخاري باب انكاح الرجل ولده الصغار ص٧٧١ ج٢ و مسلم باب جواز تزويج الاب البكر الصغيرة ص٤٥٦ ج١ و ابوداود باب في تزويج الصغار ص٢٩٦ ج١ و النسائي انكاح الرجل ابنته الصغيرة ص٧٦ ج٢ و ابن ماجة باب نكاح الصغار ص١٣٦.

لان المطلق ينصرف الى المتعارف و هو التزوج بالاكفاء، قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلايصلح مقيداً و ذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لايعجز عن التزوج بمطلق الزوج، فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو و الله أعلم.

عندهم فلطول الحرة، و أما عندهما فلصرف الاطلاق الى المتعارف كنقد البلد، و المتعارف تزويج الكفو، و هو معنى قوله (لان المطلق ينصرف الى المتعارف و هو التزوج بالاكفاء) و في قاضي خان دلت المسألة على أن الكفاءة في جانب النساء معتبرة عندهما أيضا، و في المحيط الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و عندهما معتبرة استحساناً، و قيل غير معتبرة عندهما بلاخلاف، و انما لايجوز في غير الكفوء في هذه الصورة باعتبار التعارف لا باعتبار الكفاءة و لهذا ذكر ان اعتبار الكفاءة استحسان عندهما و لو كان باعتبار الكفاءة وجب أن لايجوز عندهما قياساً و استحساناً، و عند الشافعي رحمه الله تعالى التوكيل بامرأة مجهولة لايصح في قول و يصح في قول و ينصرف الى المتعارف. (قلنا العرف مشترك) يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل عندنا فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل (أو هو عرف عملي) اي من حيث العمل و الاستعمال لا من حيث اللفظ، و بيانه أن العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقيد لفظاً بالفرس، و نحو المال بين العرب بالابل، و عرف عملي أي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد و أمثاله (فلا يصلح مقيداً) أي للاطلاق، لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي، و التقييد يقابله، و من شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه. (و ذكر) أي محمد رحمه الله تعالى (في) كتاب (الوكالة) في الاصل (أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما) أي ان اعتبار الكفاءة في النساء للرجال استحسان عند ابي يوسف و محمد، و أما اعتبار الكفاءة في الرجال فهو بالاتفاق (لان كل احد لايعجز عن التزوج بمطلق الزوج، فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو) أي بحسب الظاهر فيتقيد به. فروع(١) قال في الخلاصة أمره أن يزوجه امرأة، فزوجه صبية جاز قيل هذا قول ابي حنيفة أما عندهما فلايجوز اذا كانت لايجامل مثلها، كما لو زوجه رتقاء او قرناء، و قيل هذا قول الكل، و لو أمر أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء او على العكس لايجوز، و لو أمره ان يزوجه عمياء فجوزه بصيرة يجوز و في المنتقى امره ان يزوجه امة فزوجه حرة لايجوز و ان زوجه مكاتبة او مدبرة او ام ولد جاز، و لو أمره ان يزوجه نكاحاً فاسداً فزوجه امرأة نكاحا صحيحاً لايجوز، بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد اذا باع بيعاً صحيحاً جاز، و الفرق

---

(١) فروع راجع الفتاوى الهندية الباب السادس في الوكالة بالنكاح ص٢٩٥ ج١ و البحرالرائق ص١٥١ ج٣.

أن الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع، لان البيع الفاسد بيع، لانه يفيد الملك، فان باع بيعاً جائزاً فقد خالف الى خير يجوز. و أما الوكيل بنكاح فاسد فليس بوكيل النكاح، لان النكاح الفاسد ليس بنكاح، لانه لايفيد الملك، و لهذا لايجوز طلاقها و لا ظهارها، فاذا لم يصر وكيلاً لم ينفذ تصرفه عليه، كذا ذكره الولوالجي في فتاواه، و في الايضاح للفضولي ان يفسخ النكاح قبل الاجازة جاز في قول ابي يوسف الآخر، و في قوله الاول لايجوز و هو قول محمد و في النوازل بعث رجلا الى قوم ليخطب ابنته فقال زوجت فقبل رجل منهم، قيل لم يجز، لان الكل خاطب، و الخاطب لايصلح شاهداً، و قيل يجوز و عليه الفتوى.

باب المهر

قال و يصح النكاح و ان لم يسم فيه مهراً،

(باب المهر)

أي هذا باب في بيان المهر، لما ذكر ركن النكاح و شرائطه شرع في بيان حكمه و هو وجوب المهر، اذ وجوبه حكم النكاح قال الاكمل المهر المال، و قال الكاكي المهر الصداق، و هو اسم لمال يسمى في عقد النكاح. و قال الكاكي و للمهر سبعة أسماء في القرآن، احدها الصداق. و الثاني النحلة، قال الله تعالى و آتو النساء صدقاتهن نحلة و الثالث الاجر. قال الله تعالى وآتوهن اجورهن و الرابع الفريضة، قال الله تعالى و قد فرضتم لهن فريضة و الخامس المهر، قال عليه الصلوة و السلام فان اصابها فلها المهر بما استحل(١). السادس العليقة، قال عليه الصلوة و السلام أدوا العلائق قيل يارسول الله صلى الله عليه وسلم و ما العلائق، قال ما تراضي الاهلون، و السابع العقر، قال عليه الصلوة و السلام لها عقر نسائها، انتهى. قلت لم يذكر في القرآن الا اربعة من الاسامي و الثلاثة من الحديث. و قال السروجي لها اسماء تسعة(٢) و قد ذكرها مثل ما ذكرها الكاكي، و زاد الصدقة و الحباء والحديث الذي فيه العلائق رواه الدارقطني(٣) و يقال اصدقها و لايقال امهرها بل يقال مهرها هكذا ذكره ابن قدامة في المغنى(٤) و في الصحاح(٥) امهرها و مهرها، و في المغرب مهر المرأة اي اعطاها المهر و أمهرها اذا سمى لها مهرا و تزوجها به. (قال و يصح النكاح و ان لم يسم فيه مهراً) قد ذكرت غير مرة ان هذه الواو في قوله - و يصح - للاستفتاح، كذا سمعت من اساتذتي الكبار. و في اكثر النسخ قال اي القدوري و يصح النكاح، و صحة النكاح بدون تسمية المهر اجماع و انما الخلاف هل يجب مهر المثل او لايجب شيء على ما يأتي في المفوضة و خلو النكاح عن تسميته لايمنع صحته كما اذا تزوجها و لم يسم لها مهراً، أو تزوجها على أن لا مهر لها، او تزوجها على ما ليس بمال كالميتة و الدم، و هما مسلمان

---

(١) بما استحل - رواه الترمذي في باب ما جاء لا نكاح الا بولي عن عائشة رضي الله تعالى عنها ص١٣٠ ج١ و ابن ماجة باب لا نكاح الا بولي ص١٣٦. (٢) تسعة الخ راجع البحر الرائق ص١٥٢ ج٣ و الاوجز ص٢٤٥ ج٣ و المغنى و الشرح الكبير ص٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٢٤ ج١٦. (٣) الدارقطني باب المهر ص٢٤٤ ج٣ و لفظه عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انكحوا الايامى ثلثا قيل ما العلائق بينهم يارسول الله قال ما تراضي عليه الاهلون و ا خرجه البيهقي في سننه باب ما يجوز ان يكون مهرا ص٢٣٩ ج٧ بطرق متعددة و نصب الراية ص٢٠٠ ج٣. (٤) المغنى و الشرح الكبير في اوائل كتاب الصداق ص٣ ج٨ و هذه الالفاظ لشرح الكبير لا المغنى. (٥) الصحاح و كذا في اللسان.

لان النكاح عقد انضمام و ازدواج لغة، فيتم بالزوجين، ثم المهر واجب شرعاً إبانة لشرف المحل، فلايحتاج الى ذكره لصحة النكاح، و كذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا، و فيه خلاف مالك رحمه الله تعالى و أقل المهر عشرة دراهم و قال الشافعي رحمه الله تعالى مايجوز أن يكون ثمناً في البيع يجوز أن يكون مهراً لها،

فالنكاح جائز، و لها مهر مثل نسائها (لان النكاح عقد انضمام و ازدواج لغة فيتم بالزوجين) و يصح بلاتسمية المهر، قال عزوجل فانكحوا فلو شرطنا التسمية فيه لزدنا على النص (ثم المهر واجب شرعا) هذا جواب(١) عما يقال المهر واجب شرعاً، فكيف يصح النكاح مع السكوت، فاجاب بقوله المهر واجب شرعاً، يعني وجوبه ليس لصحة النكاح، و إنما وجب (ابانة) أى اظهاراً (لشرف المحل فلايحتاج الى ذكره لصحة النكاح) فان قيل هذا دعوى فلابد من دليل، أجيب دل عليه قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء الى قوله تعالى فمتعوهن حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية، و لايكون الطلاق الا في النكاح الصحيح، فعلم ان ترك ذكره لايمنع صحة النكاح. (و كذا) أي و كذا يصح النكاح (اذا تزوجها بشرط ان لامهر لها لما بينا) ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين (و فيه) أي و فيما اذا تزوجها ان لامهر لها (خلاف مالك رحمه الله تعالى) يعني انه لايجوزه لانه عقد معاوضة فيفتقر الى ذكر المال كالبيع الى ذكر الثمن و نفيه يفسد البيع فنفى المهر ينبغى أن يفسد النكاح. قلنا البيع مبادلة المال بالمال شرعاً و لغة تمليك شيء بشيء فيقتضى ذكر الثمن و المهر ليس بعوض أصلي، كما ذكر في الكتاب من قوله إن النكاح عقد انضمام الى آخره (و أقل المهر(٢) عشرة دراهم) أو قيمة عشرة. و قال محمد رحمه الله تعالى وزن عشرة تبراً و ان كان قيمته أقل من عشرة مضروبة، بخلاف السرقة فان السرقة لاتقطع في مثلها و قال مالك اقله مقدر بربع دينار او ثلاثة دراهم. و قال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم و قال ابراهيم النخعي اقله اربعون درهماً و عنه عشرون درهماً. و قال سعيد بن جبير اقله خمسون درهماً، و كل منهم مذهبه في نصاب السرقة الذي يقطع فيه اليد كذلك. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى مايجوز أن يكون ثمناً في البيع يجوز ان يكون مهرا لها) يعني يجوز

---

(١) هذا جواب الخ كذا في العناية. (٢) و اقل المهر الخ راجع لهذا المبحث اعلاء السنن ابواب المهر ص٨٠ ج١١ و اوجز المسالك ما جاء في الصداق ص٢٤٨ ج٣ و المغنى مع الشرح الكبير ص٤ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٢٦ ج١٦ و احكام القرآن للجصاص باب المهور ص١٤٠ ج٢ و فتح القدير ص٢٠٦ ج٣ و عمدة القاري باب قوله الله تعالى و آتوا النساء صدقاتهن نحلة ص١٣٦ ج٢٠ و فتح الباري باب التزويج على القرآن و بغير صداق ص٢٦٢ ج٤.

لانه حقها فيكون التقدير إليها. و لنا قوله عليه الصلوة و السلام و لامهر أقل من عشرة،

ان يكون مهرا في النكاح و به قال احمد و ابوثور و اسحاق و فقهاء المدينة، و هو مذهب الثوري أيضاً و قال ابن حزم ما جاز أن يكون بالهبة أو بالميراث جاز أن يكون صداقاً حل بيعه أو لم يحل كالماء و الكلب و السنور و الثمرة التى لم يبد صلاحها، و السنبل قبل أن يشتد حبه، او حبة حنطة او حبة شعير، و قال ابن حزم أيضاً و قول مالك لانعرفه عن احد من اهل العلم قبله، و قد خالف فيه أئمة المدينة و الفقهاء الذي لايخرج عن قولهم، و قال ابوعمر ابن عبدالبر تقدمه الى هذا ابوحنيفة رحمه الله تعالى فقاس الصداق على اليد فانها لاتقطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم قلت لاتقطع في ربع دينار عنده، و لايكون صداقاً حتى لو تزوجها على دينار قيمته اقل من عشرة دراهم يكمل عشرة دراهم عند علمائنا الثلاثة، و نقله عنه سهو و غلط. (لانه حقها) أي لان المهر حق المرأة (فيكون التقدير) أي تقدير المهر (إليها) و لهذا تملك التصرف فيه استيفاء و اسقاطاً كالبيع و الاجارة و الكفالة. (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم (و لامهر أقل من عشرة) هذا الحديث(١) رواه جابر رضي الله تعالى عنه تقدم الكلام فيه مستوفى في الكفالة، و رواه الدارقطني والبيهقي رواه في سننه من طرق و ضعفه، لكن الحديث اذا روى من طرق مفرداتها ضعيفة بصير حسناً، و يحتج به، ذكره النووي في شرح المهذب، و قال الاترازي و لنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لامهر أقل من عشرة دراهم، و روى أبوبكر الرازي هذا الحديث في شرح الطحاوي باسناده الى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى. قلت لم يذكر الاسناد حتى ينظر فيه، والظاهر انه بالاسناد الذي رواه الدارقطني، و قد مر الكلام فيه، و قال الكاكي و حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و لامهر أقل من عشرة دراهم، و هكذا رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده و هو مذهب علي و ابن عمر و عائشة و عامر و ابراهيم انتهى(٢). قلت الخصم لايرضى

---

(١) هذا الحديث راجع نصب الراية ص١٩٦ و ص١٩٨ ج٣ و فتح القدير ص١٨٦ و ص٢٠٦ ج٣ و الدارقطني ص٢٤٥ ج٣ و البيهقي في سننه ص١٣٣ ج٧ باب اعتبار الكفاءة و اعلاء السنن للشيخ المحدث العثماني رحمه الله تعالى باب لامهر اقل من عشرة دراهم ص٨٠ ج١١ و مابعده و في فتح القدير ص١٨٦ ج٣ حديث جابر رضي الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول و لامهر اقل من عشرة من الحديث الطويل قال الحافظ (ابن حجر) انه بهذا الاسناد حسن و لا اقل منه انتهى و ان البغوي قال انه حسن - و كذا في حاشية نصب الراية ص١٩٩ ج٣ و اعلاء السنن ص٨١ ج١١. (٢) انتهى و في فتح القدير ص٢٠٧ ج٣ حديث جابر رضي الله تعالى عنه (المذكور لا مهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني و البيهقي) فيه مبشر بن عبيد =>

و لانه حق الشرع وجوباً اظهاراً لشرف المحل، فيقدر(١) بماله خطر و هو العشرة استدلالاً بنصاب السرقة

بهذا المقدار الذي ذكره على ما لايخفى. و أما قوله و هو مذهب علي رضي الله تعالى عنه، فقد رواه الدارقطنى ثم البيهقي في سننيهما عن داود الاودي عن الشعبي عن علي رضي الله تعالى عنه قال لاتقطع اليد في اقل من عشرة دراهم، و لايكون المهر أقل من عشرة دراهم، قال ابن الجوزي(٢) في التحقيق قال ابن حبان داود الاودي ضعيف كان يقول بالرجعة، و الشعبي لم يسمع من علي، و أخرجه الدارقطني أيضا في الحدود عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي فذكره و جويبر أيضا ضعيف. (و لانه) اي و لان المهر (حق الشرع وجوباً) أي من حيث وجوبه (اظهاراً لشرف المحل) أي لاجل اظهار شرف المحل و خطره صيانة عن شبهة البدل (فيقدر بماله خطر و هو العشرة) أي عشرة دراهم (استدلالاً بنصاب السرقة) لانه يتلف به عضو محترم، فلان يتلف به منافع البضع كان اولى. فان قلت هذا الاستدلال ضعيف، فان مالكا و الشافعي ينكرانه، فان نصابها عندهما ثلاثة دراهم او ربع دينار. قلت يمنع هذا لان مدعانا ان المهر مقدر خلافا للشافعي استدلالاً بنصاب السرقة، فانه مقدر بالاجماع، فكذا المهر بالقياس عليه لوجود الجامع، أما التقدير بالعشرة في نصاب السرقة، فلما رواه ابوداود(٣) في سننه من حديث عطاء

=> و الحجاج بن ارطاة و هما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده و هو ما روى عن علي رضي الله عنه قال لاتقطع اليد في اقل من عشرة دراهم و لايكون المهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني ص٢٤٥ ج٣ و البيهقي ص٢٤٠ ج٧ و قال محمد بلغنا ذالك عن علي و عبدالله بن عمر و عامر و ابراهيم الخ. (١) فيقدر – ن – فيتقدر. (٢) قال ابن الجوزي الخ كذا في نصب الراية ص١٩٩ ج٣ و قال المحدث العثماني في اعلاء السنن ص٨٠ ج١١ اخرج الدارقطني بطريق داود الاودى عن الشعبي قال قال على رضي الله عنه لايكون مهر اقل من عشرة دراهم و اعله بعضهم بداود الاودى و ضعفوه و لكن روى عنه شعبة و سفيان و شعبة لايروى الا عن ثقة و قال ابن عدى لم أر له حديثا منكرا جاوز الحد اذا روى عنه ثقة (و ههنا كذالك فقد روى عنه ذالك ثقتان عند الدارقطني كما سنبينه) و ان كان ليس بالقوى في الحديث فانه يكتب حديثه و يقبل اذا روى عنه ثقة و قال العجلي يكتب حديثه و ليس بالقوى و قال الساجي صدوق يهم (تهذيب التهذيب ص٢٠٥ ج٣) قلت قد روى هذا الاثر عن داود الاودى عبيد الله بن موسى و هو من رجال الجماعة وثقه غير واحد (التهذيب ص٥٠ ج٦) و محمد بن ربيعة و هو من رجال البخاري في الادب و اصحاب السنن (التهذيب ص١٦٢ ج٩) وثقه ابن معين و ابوداود و ابوحاتم و الدارقطني وغيرهم فالاودى حسن الحديث و ان كان ليس بالقوى فالاثر حسن. (٣) ابوداود باب مايقطع فيه السارق ص٢٥٤ ج٢.

عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم. فان قلت من أين قلت ان المهر حق الشرع من حيث الوجوب قلت لقوله عزوجل قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم و كل مال اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها و التقدير مجهول، و خبر الواحد بين ذلك فلايجوز أقل مما قدره. فان قلت ماتقول(١) في حديث عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه، رواه الجماعة(٢) انه لما جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم و به أثر الصفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره انه تزوج امرأة من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها، قال زنة نواة من ذهب، فقال صلى الله عليه وسلم أولم و لو بشاة. و في التمهيد رواه مالك(٣) في المؤطا عن حميد الطويل عن انس بن مالك رضي الله تعالى عنه فقد اجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم باقل مما حده أبوحنيفة رحمه الله تعالى لان النواة خمسة دراهم. و عن احمد النواة(٤) ثلاثة دراهم و ثلث، قلت(٥) قال عياض لايصح لهم ذلك، لانه قال من ذهب و ذلك يزيد على دينارين، و في الاستذكار اكثر اهل العلم على ان وزنها خمسة دراهم فظاهر هذا انه تزوج باكثر من ثلاثة مثاقيل من الذهب. فان قلت روى البيهقي(٦) عن حجاج عن قتادة عن انس رحمه الله تعالى قال قومت يعني النواة ثلاثة دراهم و ثلث درهم. قلت حجاج هو ابن أرطاة و هو ضعيف، و قتادة مدلس، و قد عنعن، و لهذا قال احمد هذا حديث لاتقوم به الحجة فان قلت ما تقول في حديث جابر رضي الله عنه رواه ابوداود(٧) قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعطى في صداق امرأة ملأ كفيه سويقاً او تمراً فقد استحل. قلت في اسناده موسى بن مسلم و هو ضعيف(٩)، قاله المنذري

---

(١) ماتقول الخ و قد ذكر صاحب اعلاء السنن ص٨٣ ج١١ مايخالف من الاحاديث الثمانية ما ذهب اليه الحنفية مع الجواب عنها. و نبذ منها في نصب الراية ص١٩٩ ج٣ و فتح القدير ص٢٠٧ ج٣. (٢) الجماعة البخاري باب قول الله تعالى و آتوا النساء صدقاتهن ص٧٧٣ ج٢ و مسلم باب الصداق الخ ص٤٥٨ ج١ و ابوداود باب قلة المهر ص٢٩٤ ج١ و النسائي التزويج على نواة من ذهب ص٨٧ ج٢ و اللفظ له. (٣) مالك في المؤطا ماجاء في الوليمة ص٥٠٩. (٤) النواة الخ راجع لتحقيق وزن النواة اوجز المسالك ص٣٢٠ ج٤ و شرح المسلم للنووي باب الصداق ص٤٥٨ ج١. (٥) قلت الخ و اجاب في اعلاء السنن ص٨٣ ج١١ بانه اما محمول على المعجل او يقال انه مرجوح لحديث العشرة لان فيه زيادة و الاخذ بها متعين فافهم. (٦) البيهقي في سننه ص٢٣٧ ج٧. (٧) ابوداود باب قلة المهر ص٢٩٤ ج١. (٩) و هو ضعيف و قال صاحب الاعلاء ص٨٤ ج١١ و الجواب عنه مامر في الجواب الذي قبل هذا (اي الجواب عن حديث انس رضي الله عنه في قصة عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه بانه محمول على المعجل الخ).

و رواه ابوداود موقوفاً. و قيل كان ذلك في المتعة يدل عليه أن جابراً نفسه قال كنا نستمتع بالقبضة من الطعام على معنى المتعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و أخرجه مسلم(١) في صحيحه من حديث ابن جريج عن ابي الزبير، قال سمعت جابراً رضي الله عنه يقول كنا نستمتع بالقبضة من التمر و الدقيق الايام على عهده صلى الله عليه وسلم قلت هذا منسوخ، و كان ذلك للضرورة و الفقر في اول الاسلام. قاله ابن الجوزي، فان قلت قال البيهقي(٢) هذا و ان كان منسوخاً لانه في نكاح المتعة، فانما نسخ منه شرط الاجل، فاما ما يجعلونه صداقاً فانه لم ينسخ. قلت(٣) فساد قوله هذا ظاهر، فان الاجماع على نسخ احكام المتعة، و دعوى اخراج بعضها من النسخ دعوى باطلة. و قال السروجي و يدل على بطلان قوله هذا ان الذي نسخ من احكام نكاح المتعة انما هو شرط الاجل، و إن باقي أحكامه ثابت في النكاح المشروع المؤيد انه ينبغى أن لايثبت بهذا النكاح نسب و لايجري فيه التوارث، اذ هذه الاحكام لنكاح المتعة و هي باقية في هذه الانكحة و لم ينسخ الا شرط الاجل كما زعم و ذلك خلاف اجماع المسلمين. و قيل في الجواب عن الحديث المذكور انه روى عن جابر رضي الله عنه خلاف هذا، و هو نص ضعف كل واحد منهما فلايكون هذا دليلا على دعواهم، و قيل لو ثبت كان محمولاً على المعجل و الله أعلم. فان قلت روى البخاري(٤) عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله جئت أهب لك نفسي، الحديث بطوله و فيه فقام رجل من أصحابه فقال يارسول الله ان لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، قال هل معك شيء قال لا و الله يارسول الله، قال انظر و لو خاتماً من حديد... الحديث، و فيه قال ماذا معك من القرآن، قال سورة كذا و كذا وعدها، فقال تقرأهن عن ظهر قلبك، قال نعم، قال اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن، و هذا من جملة ما استدل به الشافعي رحمه الله تعالى و من يقول بقوله. قلت اجاب

(١) مسلم باب نكاح المتعة ص٤٥١ ج١. (٢) قال البيهقي في سننه باب مايجوز ان يكون مهرا ص٢٣٨ ج٧.
(٣) قلت فساد الخ و اجاب عنه صاحب الاعلاء ص٨٤ ج١١ ان الامر ليس كما قال الحافظ البيهقي فان امر المتعة لما كان مبناه على المسامحة فيحتمل ان يكون مايتعلق به كذالك بل هذا هو الظاهر فنسخ كما نسخ الاصل و لا اقل من الاحتمال و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال فافهم. (٤) البخاري باب القراءة عن ظهر القلب ص٧٥٢ ج٢ و اخرجه في عدة ابواب في فضائل القرآن و في ابواب النكاح و اخرجه مسلم و ابوداود و الترمذي و النسائي و ابن ماجة في النكاح كما في عمدة القاري باب خيركم من تعلم القرآن و علمه ص٤٥ ج٢٠ و قد بسط الكلام في شرح هذا الحديث الحافظ ابن حجر في فتح الباري باب التزويج على القرآن ص٢٥٧ الى ص٢٧٠ ج٤.

الاترازي عن هذا بقوله هذا خبر الواحد، و قد عارض نص الكتاب فلايحتج به. قلت هذا لايجدى كما ينبغي، بل الجواب الظاهر ما قاله ابن الجوزي رحمه الله تعالى ان ذلك كان للضرورة، و الفقر في اول الاسلام، و أظهر من ذلك ما قاله أصحابنا انه ليس فيه دلالة على انه جعل القرآن مهرا - و لهذا لم يشترط ان يعلمها، و انما معناه ببركة ما معك من القرآن و لاجل انك من اهل القرآن كتزوج ابى طلحة(١) على اسلامه و هو لايصلح(٢) صداقاً للبضع و في التمهيد قال مالك و ابوحنيفة واصحابه و الليث لايكون القرآن و لا تعليمه مهرا لان التزوج لايستباح الا بالاموال لقوله ان تبتغوا باموالكم و القرآن ليس بمال و لا التعليم من المعلم و المتعلم مختلف لايكاد ينضبط، فاشبه المجهول، و السكوت عن المهر لايبطل النكاح، لانه معلوم انه لابد منه. فان قلت الاستدلال بالآية ضعيف، لان الاموال ذكرت بلفظ الجمع في مقابلة الجمع، و ذلك يقتضى انقسام الآحاد على الاحاد فعلى هذا يكون المراد ابتغاء كل واحد بماله لا بأمواله، و المال يقع على القليل و الكثير، قلت قال الاترازي لانسلم انقسام الآحاد على الاحاد، اذا ذكر الجمع بمقابلة الجمع، و لئن سلمنا لكن لانسلم ان المال يقع على القليل الذي هو غاية في القلة عرفا، و هذا لان المال مايجري فيه البذل و الاباحة و الشح و الضنة و القليل الذي قاله الشافعي رحمه الله تعالى لايجري فيه الشح و الضنة فلايطلق عليه اسم المال عرفاً كالفلس و الجوز، و لابد من التقدير بماله خطر فتعينت العشرة بالحديث او بالقياس انتهى. قلت اراد بالحديث حديث جابر المذكور و بالقياس القياس على نصاب السرقة و قد مر الكلام فيه عن قريب. فان قلت روى في حديث ابن مسعود رضي الله عنه(٣) قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ينكح هذه فقام رجل عليه بردة عاقدها في عنقه، فقال أنا يارسول الله، فقال ألك مال قال لا، قال أتقرأ شيئا من القرآن، قال نعم سورة البقرة و المفصل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انكحتكها على أن تقرئها و تعلمها، و اذا رزقك الله عوضتها، فتزوجها الرجل على ذلك انتهى. و قد قلت لم يشترط أن يعلمها، و هذا قد اشترط اقراءه إياها و تعليمه كذلك. قلت قال الدارقطني تفرد به عتبة بن السكن و هو متروك. و قوله - عوضتها - يدل على انه لابد من المهر، و انما أخره الى وقت

(١) ابي طلحة على اسلامه اخرجه النسائى التزويج على الاسلام ص٨٧ ج٢ و الطحاوي باب التزويج على سورة من القرآن ص١٢ ج٢. (٢) لايصلح صداقا الخ اي عند الفريق الثاني ايضا و راجع المغنى ص٩ ج٨ مع الشرح الكبير ص١٢ ج٨. (٣) حديث ابن مسعود رضي الله عنه اخرجه الدارقطني باب المهر ص٢٥٠ ج٣ و سنن البيهقي باب النكاح على تعليم القرآن ص٢٤٣ ج٧.

حصوله و بتأخيره لايبطل النكاح. فان قلت روى ابوهريرة رضي الله تعالى عنه(١) قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماتحفظ من القرآن قال سورة البقرة و التي تليها، قال قم فعلمها عشرين آية و هي امرأتك، قال عبد الحق هو من رواية عسل ضعفه يحي بن معين و احمد، و قال ابوحاتم منكر الحديث، و قال ابوعمر في كتاب التمهيد و دعوى التعليم بما معك من القرآن دعوى باطلة لاتصح، و أكثر اهل العلم لايجيزون ما قاله الشافعي، و قال ابوالفرج في التحقيق عن ابي النعمان الازدى(٢) قال زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من رجل على سورة من القرآن و قال لاتكون لاحد بعدك مهراً و في مصنف ابن ابي شيبة(٣) عن شعبة قال سألت الحكم و حماداً عن رجل وهب ابنته لرجل فقالا لايجوز الا بصداق فان قلت روى الترمذي(٤) و ابن ماجة عن عاصم بن عبيدالله قال سمعت عبدالله بن عامر بن ربيعة عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين، و قال الترمذي حديث حسن صحيح قلت قال ابن الجوزي(٥) في التحقيق عاصم بن عبيدالله قال ابن معين ضعيف لايحتج به، و قال ابن حبان كان فاحش الخطأ فترك. فرع: يجوز الدخول بها قبل أن يعطيها شيئا من صداقها سواء كانت مفوضة أو مسمى لها، و به قال سعيد بن المسيب و الحسن و النخعي و الثوري و الشافعي و احمد و عامة أهل العلم، و روى عن ابن عمر و ابن عباس و الزهري و قتادة و مالك انه لايدخل بها حتى يعطيها شيئاً، قال الزهري مضت السنة عليه، و استدلوا بمنعة عليه الصلوة و السلام علياً رضي الله تعالى عنه من الدخول على فاطمة رضي الله تعالى عنها حتى يعطيها شيئا

(١) روى ابوهريرة رضي الله تعالى عنه اخرجه ابوداود باب في التزويج على العمل ص٢٩٤ ج١ و النسائي و البيهقي في سننه باب النكاح على تعليم القرآن ص٢٤٢ ج٧. (٢) عن ابي النعمان الازدي رضي الله تعالى عنه اخرجه سعيد بن منصور مرسلاً كما في فتح الباري باب التزويج على القرآن ص٢٦٥ ج٤ و في ابي داود باب في التزويج على العمل ص٢٩٥ ج١ كان مكحول يقول ليس ذالك (التزويج على سورة القرآن) لاحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم و كذا في فتح الباري ص٢٦٥ ج٤. (٣) ابن ابي شيبة ما قالوا في المرأة تهب نفسها لزوجها ص٣٤٣ ج٢/٤. (٤) الترمذي باب ماجاء في مهور النساء ص١٣٢ ج١ و ابن ماجة باب صداق النساء ص١٣٧. (٥) قال ابن الجوزي الخ كذا في فتح القدير ص٢٠٧ ج٣ و نصب الراية ص٢٠٠ ج٣ و في الجوهر النقى على البيهقي ص٢٣٩ ج٧ عاصم بن عبيدالله قلت انكر عليه هذا الحديث قال ابوحاتم الرازي منكر الحديث يقال له حديث يعتمد عليه فقال له ابنه ما انكروا عليه فذكر ابوحاتم هذا الحديث قال و هو منكر. و في اعلاء السنن ص٨٣ ج١١ و الجواب عنه انه يحتمل ان تكونا بلغتا قيمة عشرة دراهم و لايبعد فلاينهض الحديث للاستدلال مع هذا الاحتمال.

و لو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. و قال زفر رحمه الله تعالى مهر المثل لان تسمية ما لايصلح مهراً كعدمها(١) و لنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع، و قد صار مقضياً بالعشرة فأما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها و لا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرماً، و لاترضى فيه بالعوض

فاعطاها درعه الحطمية(٢). و لنا حديث عقبة بن عامر(٣) الذي زوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم و لم يعطها شيئا و روى ابن ابي شيبة(٤) حديث كريب بن هشام و كان من اصحاب عبدالله انه تزوج امرأة على اربعة آلاف و دخل بها قبل أن يعطيها شيئاً. (و لو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا) و قال ابن القاسم في المدونة ان سمى أقل من ربع دينار او ثلاثة دراهم ان كمل قبل الدخول ربع دينار او ثلاثة دراهم و الا فسخ عليه، و بعد الدخول أجبر على تكميله أقل الصداق، و إن طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى، و قال غيره من المالكية التسمية فاسدة و تفسخ على كل حال، و لم يوجبوا مهر المثل، و اوجبوا مهر المثل في تسمية الخمر و الخنزير، و صححوا العقد. (و قال زفر مهر المثل) أي يجب مهر المثل (لان تسمية مالايصلح مهراً كانعدامه) يعني كلا تسمية كما في تسمية الخمر و الخنزير و هو القياس. (و لنا) و هو وجه الاستحسان (ان فساد هذه التسمية لحق الشرع) و حق الشرع يتأدى بالعشرة و هو معنى قوله (و قد صار مقضيا بالعشرة) باعتبار أن العشرة في كونها صداقاً لاتتجزأ، و ذكر بعض ما لايتجزأ كذكر كله كما لو أضاف النكاح الى بعضها صح في جميعها (فأما مايرجع الى حقها) أي الى حق المرأة (فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها) أي بما دون العشرة، لان من رضى بخمسة فقد رضى بالعشرة بلاشك، و ما زاد على العشرة فهو حقها ثم رضاها بالخمسة اسقاط حقها و نقص عن حق الشرع فيصح تصرفها في حقها دون حق الشرع فتتم العشرة، بخلاف ما اذا لم توجد التسمية لان الانسان قد رضي باسقاط الحق تكرماً و تفضلاً طلباً للثناء الجميل، و لايرضى بالشيء القيل اما اذا كانت بما دون العشرة فاولى ان تكون راضية بالعشرة. (و لامعتبر بعدم التسمية) هذا جواب عن قوله كانعدامه تقريره ان القياس غير صحيح (لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما) أي لاجل التكرم على الزوج (و لاترضى فيه بالعوض

---

(١) كعدمها – ن – كانعدامه. (٢) درعه الحطمية رواه ابوداود باب في الرجل يدخل بامرأته الخ ص٢٩٦ ج١ و النسائي عنوان نحلة الخلوة ص٩٠ ج٢ و مسند احمد ص٨٠ ج١. (٣) حديث عقبه بن عامر رضي الله عنه رواه ابوداود باب فيمن تزوج و لم يسم صداقا ص٢٩٥ ج١ و سنن البيهقي باب النكاح ينعقد بغير مهر ص٢٣٢ ج٧.
(٤) ابن ابي شيبة فيدخل بها قبل ان يعطيها شيئا ص١٩٧ ج٤/٢.

اليسير، و لو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و عنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئاً، و من سمى مهراً عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل، و به يتأكد البدل، و بالموت ينتهى النكاح نهايته، و الشيء بانتهائه يتقرر و يتأكد فيتقرر بجميع مواجبه

اليسير) ترفعاً في المعاوضة فلايكون عدم التسمية دليلا على الرضى بالعشرة، فلذلك لم يجب العشرة و إنما يجب مهر المثل بخلاف الرضى بما دون العشرة، فانه رضى بها لامحالة (و لو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و عنده) أي عند زفر رحمه الله تعالى (تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئاً) و عند مالك على قول ابن القاسم و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى يجب نصف المسمى، والجواب عن قياس زفر على تسمية الخمر و الخنزير، فنقول بخلاف تسمية الخمر و الخنزير، و هذا لان ما دون العشرة يصلح أن يكون مسمى مضموناً الى غيره من المال فيصح بانفراده أيضاً، أما الخمر و الخنزير فلاتصح تسميتهما مع غيرهما أصلا فبطلت التسمية فوجب مهر المثل وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب و خمسة دراهم، و لو طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب و درهمان و نصف، و إنما يعتبر قيمة الثوب يوم العقد، و كذا اذا سمى مكيلا او موزوناً الا أن الفرق بينهما اذا جاء بقيمة الثوب اجبرت المرأة على القبول، و اذا جاء بقيمة المكيل او الموزون لاتجبر، و قال الكاكي و يعتبر قيمة الثوب يوم التزوج و قيمة المكيل او الموزون يوم القبض، و روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتبر في الثوب قيمة يوم القبض، و في المكيل و الموزون يوم العقد. (و من سمى مهراً عشرة فمازاد فعليه المسمي ان دخل بها او مات عنها) اعلم ان المهر يجب بالعقد، اما بالتسمية اذا وجدت و الا فبالحكم أعني مهر المثل بحكم الشرع، ثم يستقر المهر باحد اشياء ثلاثة، اما بالدخول او بموت احد الزوجين، و اما بالخلوة الصحيحة فذكر المصنف الاولين و هما الدخول و موت احد الزوجين، ثم علل بقوله (لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل) و هو البضع (و به يتأكد البدل) و هو المهر فيجب عليه ايفاء البدل كما اذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن (و بالموت) أي بموت احد الزوجين (ينتهى النكاح نهايته) أي يبلغ منتهاه و لايبقى بعده شيئ (و الشيء بانتهائه يتقرر و يتأكد) لانه لايبقى قابلا للتغيير (فيتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقريرها لوجود المقتضى و انتهاء المانع كالارث و العدة و المهر و النسب. و قلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازاً عن النفقة و حل التزوج بعد انقضاء العدة، فان النفقة لاتجب بعد الموت، و يحل لها التزوج بعد انقضائها، و لاخلاف للائمة الاربعة في هذه المسألة، و قال ابوسعيد الاصطخري

و ان طلقها قبل الدخول و الخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى و ان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية

من أصحاب الشافعي ان كانت الزوجة أمة لا يستقر لها المهر بموتها و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى انه يستقر بموته (و ان طلقها قبل الدخول) بها (و الخلوة فلها نصف المسمى، لقوله تعالى و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية منصوبة بتقدير فعل، أي اقرأ الآية بكمالها، و يجوز رفعها على الابتداء و خبره محذوف تقديره الآية بتمامها و نحو ذلك، و تمامها هو قوله تعالى و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح و إن تعفوا اقرب للتقوى، و لاتنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير قوله تعالى - من قبل ان تمسوهن - أي من قبل ان تجامعوهن، و المس الجماع اجماعاً، و يلحق به الخلوة الصحيحة على ما يأتي إن شاء الله تعالى. و قوله تعالى - و قد فرضتم - أي و الحال انكم قد فرضتم، أي قدرتم، و معنى الفرض هنا التقدير، و قيل كلمة او بمعنى الواو، أي و ما لم تفرضوا، قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - أي الواجب نصف ما فرضتم. قوله تعالى - الا ان يعفون - أي المطلقات، و هو استثناء من قوله تعالى - فنصف ما فرضتم الا ان يعفو الزوجات فليس بواجب. و اعلم ان صيغة يعفون مشتركة بين الرجال و النساء في الصورة و لكن في التقدير مختلفة، فوزن صيغة الرجال في الاصل يفعلون، لان اصله يعفوون استثقلت الضمة على الواو مع ضمة ماقبلها، فحذفت ثم حذفت الواو لالتقاء الساكنين، و الواو الموجودة فيه ضمير الجاعة و النون علامة الرفع، و وزن صيغة النساء يفعلن، و الواو لام الفعل فيه، و النون ضمير جمع النساء، و هو مبنى و الاول معرب رفعه باثبات النون و نصبه و جره بحذفها قوله تعالى أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح عطف على ان يعفون لانه محلهما لنصب و اختلف اهل العلم(١) في الذي بيده عقدة النكاح فذهب اصحابنا الى انه الزوج، و قال ابوبكر بن المنذر في الاشراف روينا ذلك عن علي رضي الله تعالى عنه و عبدالله بن عباس و جبير بن مطعم و نافع بن جبير و سعيد بن المسيب و سعيد بن جبير و شريح و مجاهد و محمد بن كعب و قتادة و الربيع و نافع مولى ابن عمر، و الاوزاعي و ابن شبرمة و الضحاك و ابن جريج و ابن حبان و جابر بن زيد و ابن سيرين و الشعبي و النخعي و طاووس و اياس بن معاوية و الثوري و الليث و الشافعي في الجديد خلاف ما ذكره عنه الزمخشري و ابن الخطيب في تفسيريهما، و هو قول احمد و هكذا ذكره ابوبكر الرازي و

(١) اهل العلم الخ راجع احكام القرآن للجصاص ص٤٣٩ ج١ و اوجز المسالك ص٢٥٧ ج٤ و المغنى ص٦٩ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٦٤ ج١٦ و مابعده.

و الأقيسة متعارضة

ابوبكر بن ابي شيبة(١) في مصنفه و الموفق بن قدامة في المغنى. و روى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولى العقدة الزوج، و قال علقمة و الحسن و عطاء و عكرمة و ابوالزياد هو الولي. و قال مالك هو الاب وحده في حق البكر و هو قول الشافعي في القديم و الجد كالاب فيه، و في المغني(٢) و هو قول احمد في القديم في حق الاب خاصة بخمس شرائط. أن يكون الذي بيده عقدة النكاح أبا، و أن تكون صغيرة، و أن تكون بكراً، و أن تكون مطلقة، و لايجوز عفو الأب في الطلاق، و أن يكون قبل الدخول و في البسط على القديم يجوز باربع شرائط. الاولى في حق المجبر كالاب و الجد، الثانية أن تكون ممن لاتملك أمر نفسها. الثالثة: أن يكون بعد الطلاق. الرابعة: أن يكون دينا لاعيناً. و قال محمد لافرق بين الدين و العين. (و الاقيسة متعارضة) الاقيسة جمع قياس و هو معروف هذا جواب اشكال(٣)، و هو أن يقال ينبغى أن يسقط الكل، لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه، و هو البضع اليها سالماً، فينبغي أن يسقط كل البدل، كما اذا تبايعا ثم تقايلا، فاجاب عنه بقوله و الاقيسة متعارضة، يعني هذا القياس يقتضى هكذا، لكن ههنا قياس آخر يقتضي وجوب كل المهر، لانه فوت ما ملكه باختياره، و ذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا أتلف المبيع قبل القبض فاذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص فقلنا باستقرار نصف المهر و سقوط نصفه. و اعترض عليه بشيئين أحدهما انه ليس هنا الا قياسان و لا ثالث لهما، و الآخر ان ظاهر كلامه يدل على ان الرجوع الى النص انما كان لتعارض القياسين و ليس الأمر كذلك فانه لااعتبار بالقياس مع وجود النص وافق او خالف، اما ان خالف فهو متروك مردود، و أما اذا وافق فان الحكم في المنصوص ثابت عندنا بعين النص لا بالعلة، و منهم من قال انا نعمل بالقياسين ثبوتا و سقوطاً، فالقياس المقتضى لوجوب الكل يعمل به في ايجاب النصف و القياس الذي يقتضى اسقاط الكل يعمل به في اسقاط النصف عملاً بهما، و هو مقتضى النص. و ذكر في الحواشي العمل بالقياس في معارضة النص المخصوص جائز، و هذا النص قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد الخلوة فيستقيم الرجوع(٤) الى النص المخصوص، لتعذر العمل بالقياس انتهى. قلت لايجوز

(١) ابن ابي شيبة ص٢٨٠ ج٢/٤ في قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح. (٢) المغنى ص١٧ ج٨. (٣) جواب اشكال الخ كذا في العناية و نحوه في الكفاية. (٤) الرجوع الخ كذا في الاصل لكني لم افهمه لعله انعكس الكلمات و في العناية ص٢١ ج٣ و اذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص و فيه بحث من اوجه الاول ان القياس الواحد لاوجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة و الثاني ان التعارض =>

ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره، و فيه عود المعقود عليه إليها سالماً فكان المرجع فيه النص، و شرط أن يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله تعالى. قال و إن تزوجها و لم يسم لها مهراً او تزوجها على أن لامهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها او مات عنها

ترك النص المخصوص بالقياس، و انما الجائز بالقياس زيادة التخصيص بعد ما خص النص بدليل و لايجوز تخصيصه بالقياس قبل أن يخص. فان قلت ليس من شان التعارض بين القياسين تركهما، بل العمل باحدهما. قلت الاصل ان الدليلين اذا تعارضا و لم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر تهاترا و تساقطا و لايعمل باحدهما للترجيح من غير مرجح. (ففيه) أي في الطلاق قبل الدخول و الخلوة، و الفاء فيه تفسيرية تفسير التعارض بين القياسين. ففسر الاول بقوله - بتفويت الزوج - و الثاني بقوله - و فيه عود المعقود عليه - الى آخره (تفويت الزوح الملك على نفسه باختياره) قوله - تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره - تفويت مصدر مضاف الى فاعله، و الملك منصوب لانه مفعول، و الباء في باختياره تتعلق بقوله - تفويت الزوج (و فيه) أي في الطلاق قبل الدخول أيضا (عود المعقود) و هو البضع (إليها) أي الى المرأة حال كونه (سالما فكان المرجع فيه) أي في حكم هذا الامر المرجع، أي الرجوع و هو مصدر ميمي (النص) منصوب لانه خبر كان، و اشار به الي القياسين تركا و عمل بالنص، و هو الآية المذكورة (و شرط) اي القدوري، لان ا لمسألة من مسائله (أن يكون قبل الخلوة، لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى) و يأتي بيانه عن قريب في هذا الباب. (قال) أي القدوري (و ان تزوجها و لم يسم لها مهراً او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها) هاتان صورتان، الاولى أن يزوجها و لم يسم لها مهراً يعني سكت عنه، و الثانية على أن

=> اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى مابعدهما لا الى ماقبلهما و الثالث أن القياسين لايتعارضان و لو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء و اجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غيرممكن لتعارضهما و لمخالفة كل منهما النص فصار كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس و المعقول فانا لو خلينا و مجرد القياس و عملنا به على وجه الفرض و التقدير و ان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا و عملنا بالنص و بهذا خرج الجواب عن السوالين الاخيرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض و التقدير لايرد ما يرد في التعارض هذا احسن ماوجدته في الاعتذار في هذا البحث و هو كما ترى انتهى.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجب شيء في الموت، و أكثرهم على أنه يجب في الدخول. له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء و لنا ان المهر وجوباً حق الشرع

يتزوجها على أن لا مهر لها، يعني يشترط أن لا مهر لها و هي مسألة المفوضة، و هي التي فوضت نفسها بلامهر فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها. و في الذخيرة و كذا لو ماتت هي. و مذهبنا(١) قول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه و قضاؤه، و به قال الحسن البصري، و رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره عنه ابن ابي شيبة و الحسن بن حي و ابن شبرمة و ابن ابي ليلى و الشافعي في رواية البويطي و احمد و اسحاق بن راهويه و ابوثور و ابن جرير الطبري و داود فيما اذا تركا ذكره، و ان نفيا بطل النكاح. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجب شيء في الموت) اي لايجب لها اذا مات عنها قبل الدخول (و أكثرهم) أي و أكثر اصحاب الشافعي (على انه يجب في الدخول) كمذهبنا، و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال بعض اصحاب الشافعي لايجب لها شيء بالدخول، و في الموت للشافعي قولان، احدهما ان يجب، و الثاني انه لايجب، و هو قول مالك في صورة نفي المهر. (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء) أي في ابتداء العقد، كالمفوضة فلها ان تفوض نفسها بلامهر (كما تتمكن من اسقاطه انتهاء) اي في انتهاء العقد، فان لها ان تسقط مهرها بعد العقد، كالخلع، و احتج الشافعي رحمه الله تعالى أيضا بما روى عن علي(٢) و زيد بن ثابت و ابن عباس و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لها الميراث و لاصداق لها و عليها العدة. (و لنا ان المهر وجوبا) اي من حيث الوجوب (حق الشرع) بدليل قوله تعالى ان

---

(١) و مذهبنا الخ راجع اوجز المسالك ماجاء في الصداق ص٢٥٥ ج٤ و المغنى ص٥٨ ج٨ و فتح القدير ص٢١١ ج٣ عن علقمة قال سئل ابن مسعود رضي الله عنه عن رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقا و لم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود رضي الله عنه لها مثل صداق نسائها لا وكس و لا شطط و عليها العدة و لها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله صلي الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت ففرح بها ابن مسعود رضي الله عنه رواه الترمذي باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل ان يفرض لها ص١٣٦ ج١ و قال حديث حسن صحيح و النسائى باب اباحة التزويج بغير صداق ص٨٨ ج٢ و الحاكم في المستدرك باب من تزوج و لم يفرض صداقا ص١٨٠ ج٢ و قال صحيح على شرط مسلم و نصب الراية ص٢٠١ ج٣. (٢) روى عن علي رضي الله عنه الخ راجع لهذه الآثار سنن البيهقي باب من قال لاصداق لها ص٢٤٦ ج٧.

على مامر.

تبتغوا(ا) باموالكم و قد علمنا(ب) ما فرضنا و علم من خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم النكاح بغير مهر انه في حق غيره لاينعقد الا موجباً للمهر و قال ابوسعيد الخدري لانكاح الا بمهر و شهود الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم (على ما مر) عند قوله و لانه حق الشرع

(ا) قوله - ان تبتغوا - اقول، فان قيل ان الابتغاء بالمال لاينافي الابتغاء بغيره، لان تعليق الحكم بالاسم لايدل على نفي ماعداه، قلنا ان المال جنس و هو من اقسام الخاص، و الابتغاء ايضا كذلك فيتحقق ايجاب الحكم. فان قيل هذا النص يدل على فساد نكاح من زوجها بان لامهر لها، لان الابتغاء بالمال يوجب الارادة طلب نكاحها بازائه. قلنا النص مسوق لبيان ايجاب المهر بالنكاح و وجوب الشيء لايتوقف على ارادة المكلف، نعم توقفه على علته و ارادة السبب في حكم ارادة المسبب. (ب) قوله - قد علمنا ... الخ - اقول قال صدر الشريعة في التوضيح، لان قوله فرضنا معناه قدرنا، و تقدير الشرع اما ان يمنع الزيادة او النقصان، والاول منتف، لان الاعلى غير مقدر في المهر اجماعاً فتعين الثاني، فيكون الادنى مقدراً و لما لم يبين ذلك المفروض قدرناه بطريق الرأي و القياس بشيء هو معتبر شرعاً في مثل هذا الباب، اي كونه عوضاً لبعض اعضاء الانسان و هو عشرة دراهم فانه يتعلق بها وجوب قطع اليد، قال العلامة التفتازاني في شرحه المسمى بالتلويح. و ذهب الاصوليون الى ان الفرض لفظ خاص حقيقة في التقدير، بدليل غلبة استعماله فيه شرعاً، يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها او - تفرضوا لهن فريضة - اي تقديراً و فرضنا اي قدرناها، و منه الفرائض للسهام المقدرة مجاز في غيره دفعاً للاشتراك، و تعديته بعلى لتضمين معنى الايجاب. و قوله - و ماملكت ايمانهم - معناه و مافرضنا عليهم فيما ملكت ايمانهم على ان الفرض هاهنا بمعنى الايجاب، و لما كان هذا مخالفاً لتصريح الائمة بانه حقيقة في القطع لغة، و في الايجاب شرعاً عدل المصنف عن ذلك. و قال خص فرض المهر، اي تقديره بالشرع و تحقيقه ان اسناد الفعل الى الفاعل حقيقة في صدور الفعل عنه، فيكون لفظ فرضنا من حيث اشتماله على الاسناد خاصاً في ان مقدر المهر هو الشارع على ما هو وضع الاسناد، و هذا تدقيق منه، انتهى كلامه ملخصاً، تدقيقه ان الخاص يوجب الحكم من حيث الوضع و التجوز ينافي ذلك، فاذا تحقق التجوز في الفرض، فانه حقيقة في القطع و الايجاب مجاز في التقدير، لايقال له انه حينئذ محمول على الخصوصية، و من الظاهر ان التجوز في الاطراف لايستلزم التجوز في الاسناد و النسبة و الا يستلزم المجاز اللغوي للمجاز العقلي، و الاستلزام باطل فكذا اللازم، فالاسناد باق على حقيقة الخصوصية، و خرج الطرف الواحد منه و هو الفعل فيها لوقوع التجوز فيه. فان قيل ان الخاص من افراد الالفاظ و الاسناد في الجملة ليس كذلك لانه امر معقول ليس له دال من الالفاظ فكيف يقال له انه خاص، قلنا تأثرا للمبتدأ و الخبر من قبول الاعراب بتاثير العامل المعنوي يدل عليه، فهو في حكم الالفاظ. فان قيل ان الحكم عين الاسناد فقولهم يوجب الحكم يعارض ذلك، لان الحكم اذا كان من افراد الخاص، فكيف يوجب لنفسه ضرورة التغاير بين الموجب بالكسر و الموجب بالفتح. قلنا المراد بالحكم الحكم الشرعي و هو غير الحكم بمعنى الاسناد.

و انما يصير حقاً لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي، و لو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى و متعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً الى الامر، و فيه خلاف مالك رحمه الله تعالى

وجوبا اظهارا لشرف المحل و في المحيط في المهر حقوق ثلاثة، حق الشرع و هو ان لايكون اقل من عشرة و حق الاولياء و هو أن لايكون اقل من مهر مثلها و حق المرأة و هو كونه ملكاً لها غير ان حق الشرع، و حق الاولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء. (و انما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي) لان الاصل ان تلاقي التصرف ما يملكه دون ما لايملك، و لهذا ملكت الابراء انتهاء دون النفي ابتداء. (و لو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) و انما لم يقل فان طلقها قبل الدخول او الخلوة، بل قال قبل الدخول فقط مع ان الخلوة شرط ايضا، لان الدخول يشملها، اذ الخلوة دخول حكماً (لقوله تعالى و متعوهن على الموسع قدره الآية) قد مر الكلام في قوله - الآية - عن قريب، وجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة، و متعوهن و الفريضة هي المهر، أي لاجناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس، و فرض الفريضة و أمر بالمتعة مطلقاً، و هو على الوجوب. و قال حقاً و ذلك يقتضيه أيضاً و ذكر بكلمة على. (ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً الى الامر) أي لاجل الرجوع الى الامر، لان مقتضاه الوجوب عند الاطلاق، و المتعة الواجبة عندنا هي هذه وحدها، و الباقية مستحبة الا اذا كانت الفرقة من قبل المرأة حيث لايستحب لها المتعة، لانها جانية، و مذهبنا هو قول(١) ابن عمر و ابن عباس و الحسن و عطاء و جابر بن زيد و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى في رواية جماعة عنه، و عنه يجب نصف مهر المثل. (و فيه خلاف مالك رحمه الله تعالى) أي في الحكم المذكور خلاف مالك، فان عنده مستحبة، و هو قول ابن ابي ليلى و الليث، لانه تعالى قال حقا على المحسنين و المحسن اسم للمتطوع و الوجوب لايتقيد بالمحسن، قلنا(٢) قد فسر الاحسان بالايمان، و لان التقييد بالمحسن لاينفي الوجوب على غيره، كما قال تعالى هدى للمتقين مع انه هدى لهم و لغيرهم، قال

---

(١) هو قول ابن عمر رضي الله عنه الخ راجع الشرح الكبير ص٨٨ ج٨ و احكام القرآن للجصاص ص٤٢٨ ج١.

(٢) قلنا الخ و في العناية ص٢١٢ ج٣ الامر و كلمة على في على الموسع قدره و على المقتر قدره و متاعا و حقا و كلمة على في قوله على المحسنين كلها تقتضى الوجوب و تاكيده فاما ان تبطل ذالك كله لاجل لفظ المحسنين او تؤوله و لا اراك تعدل عن التاويل فتؤول بان معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب و يزيدون على ذالك احسانا منهم و الله اعلم انتهى.

و المتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها و هي درع و خمار و ملحفة و هذا التقدير مروي عن عائشة و ابن عباس رضي الله عنهم

الكاكي و الصحيح من مذهبه كمذهبنا. (و المتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) أي مثل المرأة، و هذه اللفظة أعني من كسوة مثلها لفظ القدوري في مختصره أشار بهذا الى اعتبار حالها في الكسوة على ما يجيء الآن (و هي درع و خمار و ملحفة) فسر بهذا قوله - و المتعة(١) أثواب - لان ذكر الاثواب يتناول اكثر من الثلاثة ففسر الاثواب بقوله - و هي درع و خمار و ملحفة - أي الاثواب المذكورة هي هذه لا غير، و الدرع هو ما تلبسه المرأة فوق القميص و هو مذكر، قاله صاحب المغرب، و عن الحلوائى هو ماجيبه الى الصدر. و قال ابن الاثير درع(٢) المرأة قميصها و الخمار ما تغطى المرأة به رأسها و الملحفة بكسر الميم الملاءة، و هي ما تلتحف به المرأة. و في الذخيرة المتعة ثلاثة اثواب، قميص و مقنعة و ملحفة وسط لاجيد غاية الجودة و لا ردئ غاية الرد، و لايزاد على نصف مهر مثلها و لاينقص عن خمسة دراهم. و في الينابيع إن كانت من السفلة فمتعتها من الكرباس و إن كانت من الوسط فمتعتها من القز، و إن كانت مرتفعة الحال فمتعتها من الابريسم و هذا هو الصحيح، و في المغنى أعلاها خادم يروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه، و كذا ذكره عنه في النتف، و أدناها كسوة تجوز فيها الصلاة، و إن كان فقيراً يمتعها درعاً و خماراً و ثوباً تصلي فيه. و قال الاوزاعي و الثوري و عطاء و مالك و ابوعبيدة كقولنا. و عن احمد في رواية يرجع فيها الى الحاكم و هو احد قولي الشافعي و هو بعيد، و روى عن عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه انه طلق الكلبية و حممها جارية أي متعها. و قال النخعي العرب تسمى المتعة التحميم، و روى(٣) عن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما انه طلق امرأته و متعها بعشرة آلاف فقالت متاع قليل من حبيب مفارق. و في التنبيه طلق امرأة قبل الفرض و المس تجب المتعة، و بعد المسيس يجب مهر المثل، و في المتعة قولان و إن وجب لها نصف مهر المثل فلامتعة، و في المنهاج تجب متعة اذا لم يجب نصف مهر المثل قبل الوطئ، و كذا للموطوءة في الاظهر مع مهر المثل. (و هذا التقدير) أي التقدير بثلاثة اثواب (مروى عن عائشة و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم) قال الاترازي و لنا ما روى أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عباس و عائشة و سعيد بن المسيب و عطاء و الحسن

---

(١) قوله و المتعة اثواب هكذا في نسخة المتن التي عند الشارح العلام العيني رحمه الله تعالى اما النسخة التي عندنا ففيها المتعة ثلاثة اثواب. (٢) درع الخ و كذا في البحر الرائق عن المغرب ص١٥٨ ج٣. (٣) روى عن الحسن رضي الله اخرجه البيهقي في سننه ص٢٥٧ ج٧ باب المتعة.

و قوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها و هو قول الكرخي رحمه الله تعالى في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل و الصحيح انه يعتبر حاله عملاً بالنص، و هو قوله تعالى على الموسع قدره و على المقتر قدره ثم هي لاتزاد على نصف مهر مثلها و لاتنقص عن خمسة دراهم، و يعرف ذالك في الاصل.

والشعبي أن المتعة ثلاثة اثواب، و البيهقي(١) روى عن ابن عباس رضي الله عنه. (و قوله) أي قول القدوري في مختصره (من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها) أي حال المرأة. و في البدائع ثم قيل تعتبر المتعة بحاله، و به قال ابويوسف رحمه الله تعالى و قيل يعتبر بحالهما، و قيل في المتعة الواجبة بحالها لانها قائمة مقام مهر المثل، و في المستحبة بحاله، قال في الآية اشارة الى اعتبار حالهما، فلو اعتبرنا بحاله وحده لسوينا بين الشريفة و الوضيعة في المتعة، و ذلك غير معروف بين الناس بل هو مثل منكر. (و هو قول) الشيخ (الكرخي رحمه الله تعالى في المتعة الواجبة) أي الاعتبار بحال المرأة هو قول الشيخ ابي الحسن الكرخي (لقيامها) أي لقيام المتعة (مقام مهر المثل) لانها تجب عند سقوط مهر المثل، و في مهر المثل يعتبر بحالها، فكذا في حقه و هكذا في النفقة و الكسوة (و الصحيح انه يعتبر حاله) أي حال الرجل، و هو اختيار ابي بكر الرازي و اختيار المصنف و هو الصحيح من مذهب الشافعي(٢) رحمه الله تعالى أيضا. (عملا بالنص و هو قوله تعالى على الموسع قدره و على المقتر قدره) بيانه ان الله تعالى اعتبر حال الرجل دون حال المرأة، و التعليل في معارضة النص باطل، و الموسع هو الغني و المقتر المقل الفقير. (ثم هي) أي المتعة (لاتزاد على نصف مهر مثلها) و به قال الشافعي في قول و في قول لايعتبر بمهر المثل و في بعض النسخ ثم هو فالتانيث على ارادة المتعة و التذكير على ارادة قدر المتعة (و لا تنقص من خمسة دراهم) لان المتعة وجبت عوضاً عن البضع و كل العوض لايجوز أن يكون أقل من عشرة، فنصف العوض لايجوز أن يكون أقل من خمسة، و هذا معنى ما احاله على الاصل، و هو قوله (و يعرف ذلك في الاصل) أي المبسوط بيان ذلك أن المتعة إما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا، فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل هو العوض الاصلي، و لكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه و هو المتعة، فلاتزاد على نصف مهر المثل. و إن لم تكن فاما أن تكون مساوية له او لا فان كانت مساوية له فلها المتعة اتباعا للنص و ان لم تكن فاما ان تكون أقل من خمسة دراهم أو لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل، و المتعة خلفه و لا

---

(١) البيهقي في سننه باب التفويض ص٢٢٤ ج٧ و نصب الراية ص٢٠١ ج٣. (٢) مذهب الشافعي رحمه الله تعالى كذا في تكملة شرح المهذب ص٣٩١ ج١٦ باب المتعة و راجع احكام القرآن للجصاص ص٤٣٢ ج١.

و إن تزوجها و لم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها او مات عنها، و ان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، و على قول ابى يوسف رحمه الله تعالى الاول نصف هذا المفروض، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه مفروض فيتنصف بالنص. و لنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد و هو مهر المثل، و ذلك لايتنصف، فكذا ما نزل منزلته، و المراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف، قال فان(١) زادها في المهر بعد العقد لزمته

مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة، و إن لم تكن فلها المتعة بالنص. فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له و هو نسخ، فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم دل على أن المهر مقدر شرعاً، و الايجاب بالتسمية في مهر من يعتبر في مهره مهر المثل، بيان لذالك القدر المجمل، و كذلك قوله عليه الصلوة و السلام و لامهر أقل من عشرة دراهم فكان معارضا لآية المتعة، و التفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما، انتهى. قلت هذا كلام الاكمل(٢) نقله عن شيخه. (و إن تزوجها و لم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها او مات عنها) هذا بالاجماع، و كذا الحكم لو رافعته الى القاضي ففرض لها مهراً، لان لها ان تطالبه او ترافعه الى القاضي ليفرض لها مهرا، كذا ذكره التمرتاشي. (و ان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) و هو قول ابي حنيفة و محمد و هو قول ابي يوسف في قوله المرجوع اليه و هو رواية عن احمد رحمه الله تعالى (و على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى الاول نصف هذا المفروض) أي لها نصف المفروض الذي فرض لها (و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) أي قول ابي يوسف الاول و هو قول مالك رحمه الله تعالى أيضا، و في ظاهر الرواية عن احمد و هو قول ابن عمر و عطاء والشعبي و النخعي (لانه مفروض) كالمسمى (فيتنصف بالنص) و هو قوله تعالى فنصف ما فرضتم (و لنا ان هذا الفرض) أي الفرض الذي عند العقد (تعيين للواجب بالعقد و هو مهر المثل، و ذلك لاينتصف) أي مهر المثل لايتنصف (فكذا ما نزل منزلته) فكذا لايتنصف ما نزل منزلة مهر المثل، و اراد بالنازل منزلة المسمى بعد العقد (و المراد بما تلا) أي المراد بما تلاه أبويوسف من قوله تعالى فنصف ما فرضتم (الفرض في العقد) يعني حالة النكاح قوله الفرض مرفوع لانه خبر المبتدأ أعني قوله و المراد (إذ هو الفرض المعتاد) لان الفرض المطلق ينصرف الى المعتاد و ذا في العقد و لايتناول غيره لان المطلق لا عموم له. (قال) اي القدوري في مختصره (و ان زادها في المهر بعد العقد لزمته

---

(١) فان – ن – و ان. (٢) كلام الاكمل في العناية ص٢١٣ ج٣.

الزيادة خلافاً لزفر رحمه الله تعالى و سنذكره في زيادة الثمن و المثمن ان شاء الله. و اذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول، و على قول ابي يوسف رحمه الله اولا تتنصف مع الاصل، لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد. و عنده المفروض بعده كالمفروض فيه على مامر، و ان حطت عنه من مهرها صح الحط، لان المهر(١) حقها و الحط يلاقيه حالة البقاء،

الزيادة) و به قال احمد (خلافاً لزفر) حيث يقول لاتصح الزيادة، و به قال الشافعي، لان الزيادة هبة مبتدأة لاتلحق بأصل العقد ان قبضت ملكت و الا فلا، وعد المصنف أن يذكره فيما يأتي حيث قال (و سنذكره في زيادة الثمن و المثمن ان شاء الله تعالى) أي في فصل يذكر بعد باب المرابحة و التولية قال الاكمل(٢) نحن نتبعه في ذلك قلت نحن لانتبع ما قاله الاكمل فنقول قال في المبسوط و دليل جواز الزيادة قوله تعالى فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة، و بقولنا قال احمد في الزيادة في النكاح و لايجوز الزيادة في البيع. و في شرح الطحاوي تزوجها على ألف ثم على الالفين لايثبت المهر الثاني خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى لانهما قصدا اثبات الزيادة في ضمن العقد، فلم يثبت العقد، فكذا الزيادة. و في شرح الاسبيجابي جدد النكاح على ألف آخر تثبت التسميتان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لاتثبت الثانية، و كذا لو راجع المطلقة بألف، و قيل لو قالت لا ارض بالمهر الاول او أبرأته، ثم قالت لا أقيم معك بدون المهر، و لو وهبت مهرها ثم جدد المهر لايجب الثاني بالاتفاق. و قيل على الاختلاف (و اذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول، و على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اولا تتنصف) أيَ الزيادة (مع الاصل، لان التنصيف عندهما) أي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول ابي يوسف في قوله المرجوع اليه، و هو رواية عن احمد رحمه الله تعالى. (يختص بالمفروض في العقد و عنده) اي و عند ابي يوسف (المفروض بعده) أي بعد العقد (كالمفروض فيه) أي في العقد (على ما مر) في بيانه في المسألة المتقدمة (و ان حطت عنه من مهرها صح الحط) يعني إن حطت المرأة عن الزوج من مهرها. صح الحط فيلحق بالعقد (لان المهر بقاء حقها، و الحط يلاقيه حالة البقاء) أي الحط يلاقي حقها حالة البقاء لا حالة الابتداء، و قوله بقاء نصب على التمييز، و لو قال حقها بقاء لكان أولى، لان التمييز لايجوز تقديمه على عامله اذا كان اسما تاما بالاتفاق و خلاف المازني و المبرد في تقديمه على

---

(١) لان المهر حقها - ن - لان المهر بقاء حقها. (٢) الاكمل في العناية ص٢١٥ ج٣.

و اذا خلا الرجل بامرأته و ليس هناك مانع من الوطئ ثم طلقها فلها كمال المهر.

الفعل، و مذهب سيبويه ان لايتقدم عليه و موضعه كتب النحو(١). (و اذا خلا الرجل بامرأته و ليس هناك مانع من الوطئ ثم طلقها فلها كمال المهر) قال ابن المنذر في الاشراف و ابوبكر بن ابي شيبة في مصنفه، و ابوبكر الرازي في احكام القرآن، هذا قول(٢) عمر بن الخطاب و علي بن ابي طالب و زيد بن ثابت و عبدالله بن عمر و جابر و معاذ رضي الله عنهم و به قال عروة بن الزبير و علي بن الحسين زين العابدين و سعيد بن المسيب و الزهري والنخعي و الاوزاعي و الثوري و احمد و اسحاق بن راهويه و الشافعي في قوله القديم، و حكى الطحاوي انه اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و قال ابوبكر الرازي(٣) هو اتفاق الصدر الاول. و روى ابن ابي شيبة(٤) في مصنفه عن عون عن زرارة بن ابي اوفى رضي الله عنه قال سمعته يقول قضى الخلفاء الراشدون المهديون إن من أغلق باباً او ارخى ستراً فقد وجب المهر و وجبت العدة، و مثله

---

(١) كتب النحو في الفوائد الضيائية المعروف في ديارنا بشرح ملاجامي بحث التمييز ص١٥١ و لايتقدم التمييز على عامله اذا كان اسما تاما بالاتفاق و الاصح اصح المذهب ان لايتقدم التمييز على ما هو عامل فيه من الفعل الصريح او الغير الصريح خلافا للمازني و المبرد فانهما يجوزان تقديم التمييز على الفعل الصريح و على اسمى الفاعل و المفعول الخ مختصرا. (٢) هذاا قول الخ راجع المغنى ص٦١ ج٨ و فتح القدير ص٢١٧ ج٣ و اوجز المسالك ص٢٥٩ ج٤ و اعلاء السنن ص٩٠ ج١١ و تكملة شرح المهذب ص٣٤٧ ج١٦ و احكام القرآن للجصاص ص٤٣٦ ج١. (٣) ابوبكر الرازي في احكام القرآن ص٤٣٧ ج١. (٤) ابن ابي شيبة من قال اذا اغلق الباب و ارخى الستر فقد وجب الصداق ص٢٣٤ ج٢/٤ و في اعلاء السنن ص٩٠ ج١١ و رواه ابوعبيد في كتاب الاموال و سكت عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ص٣١١ ج٢ و رواه الامام احمد اثرا ايضا و زاد و وجبت العدة قاله الموفق في المغنى ص٦٢ ج٨ و عن محمد بن ثوبان رحمه الله تعالى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف امرأة فنظر على عورتها فقد وجب الصداق رواه ابوداود في المراسيل ص٢٣ و سكت عنه و في التلخيص ص٣١١ ج٢ رجاله ثقات و في الجوهر النقي على البيهقي ص٢٥٦ ج٨ و هو سند على شرط الصحيح و عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قضى في المرأة اذا تزوجها انه اذا ارخيت الستور فقد وجب عليه الصداق رواه مالك في المؤطا ص١٩١ و رجاله رجال الصحيح و عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال عمر رضي الله عنه اذا ارخيت الستور و غلقت الابواب فقد وجب الصداق رواه عبدالرزاق و سكت عنه الحافظ في التلخيص و عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال اذا دخل الرجل بامرأته و ارخيت الستور فقد وجب الصداق رواه محمد في المؤطا ص٢٤٤ و رجاله رجال الصحيح انتهى ما في الاعلاء و في الباب عن عمر و زيد بن ثابت و علي و معاذ و ابن عمر رضي الله عنهم اخرجها البيهقي في سننه ص٢٥٥ج٨ و ابن ابي شيبة في مصنفه ص٢٣٤ج٢/٤ و مابعده.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفيً بالوطئ فلايتأكد المهر دونه. و لنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع، و ذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع،

في رواية ابي بكر الرازي. و قال الاترازي هذا اذا كان المهر مسمى و ان لم يكن مسمى فلها صداق مثلها، و اذا لم تصح الخلوة فلها نصف المسمى و ان لم يكن المسمى فلها المتعة، كذا في مختصر الطحاوي و الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول عندنا في تاكد المهر(١) و وجوب العدة و ثبوت النسب و نفقة العدة و السكنى و حرمة نكاح اختها و اربع سواها و حرمة نكاح الامة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في الذخيرة و لم يقيموها مقام الوطئ في حق الاحصان و حرمة البنات و حلها للاول و الرجعة و الميراث، و أما وقوع طلاق آخر فقد قيل لايقع، و قيل يقع و هو اقرب الى الصواب ثم هذا الطلاق هل يكون رجعياً او بائناً، قال شيخ الاسلام في باب العنين يكون بائنا. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لها نصف المهر) و هو قول شريح والشعبي و طاووس و ابن سيرين و ابي ثور، و قال ابوبكر الرازي و ابن المنذر، و روى عن ابن مسعود و ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مثله قالا لايصح ذلك عنهما، لان في حديث ابن عباس ليث ابن ابي سليم و هو ضعيف. و قال مالك ان خلا بها في منزلها فلها نصف المهر، و ان خلا بها في منزله فلها المهر كله، و ذكر ابوبكر الرازي عنه انه قال ان تطاول ذلك وجب المهر كاملاً. و في الجواهر ان طال المقام يتقرر الكمال في احد القولين، ثم قيل في هذا الطول سنة، و قيل مايعد طَولاً في العادة (لان المعقود عليه) و هو منافع البضع (انما يصير مستوفىً بالوطئ) فلم يوجد (فلا يتأكد المهر دونه) أي دون الوطئ و الزوج لم يستوف المبدل من المرأة فلايجب عليه البدل. (و لنا انها) أي المرأة (سلمت المبدل) و هو منافع البضع (حيث رفعت الموانع) و هو جمع مانعة، أي حالة مانعة من الوطئ و يأتي تفسيرها عن قريب (و ذلك) اي رفع الموانع (وسعها) أي وسع المرأة و هو الذي تقدر عليه (فيتأكد حقها في البدل) و هو المهر (اعتباراً بالبيع) أي قياساً عليه،

---

(١) تاكد المهر الخ كذا في فتح و الكفاية ص٢١٨ج٣ و الفتاوى الهندية ص٣٠٦ج١ و البحر الرائق ص١٦٤ ج٣ و في البحر ص١٦٥ ج٣ و ينبغي ان لايذكر ثبوت النسب من احكام الخلوة القائمة مقام الوطى لانها من احكام العقد و ان لم توجد خلوة اصلا كما صرح به في المبسوط و كذا النفقة و السكنى و حرمة نكاح الاخت و نحوها فانها من احكام العدة فذكرها يغني عنها هذا ما فهمته ثم بعد مدة رأيت في جامع الفصولين نقلا عن ادب القاضي للخصاف انها قائمة مقام الوطى في حق تكميل المهر و وجوب العدة و لم تقم مقامه في بقية الاحكام الخ و هذا هو التحقيق انتهى.

و ان كان احدهما مريضا

فان التخلية فيه تسليم حتى يجب على المشترى تسليم الثمن، فكذا هنا يجب على الزوج تسليم البدل و البدل في المعاوضات يتقرر بتسليم المبدل لابحقيقة استيفائه، ألا ترى أن الآجر اذا خلى بين المستأجر و المستأجر يتأكد البدل و إن لم يتحقق القبض، و هذا لانه توقف تقرر البدل على حقيقة استيفاء المبدل ربما يمتنع من عليه البدل عن الاستيفاء، فيتضرر من له المبدل و هو مدفوع شرعاً. و روى ابن ابي شيبة(١) عن جابر رضي الله عنه اذا نظر الى فرجها ثم طلقها فلها الصداق و عليها العدة، و عنه عليه الصلوة و السلام من كشف خمار امرأة او نظر اليها وجب الصداق، دخل بها او لم يدخل، رواه الدارقطني و ابوبكر الرازي في احكامه(٢) و قال شريح يجب بها العدة و لايتأكد بها المهر، كذا في النتف. فان قلت هذا طلاق قبل المسيس فيتنصف بالنص، و من قال بان الخلوة مكملة فقد علق التنصيف بالخلوة و هو خلاف النص، اذ النص علقه بعدم المس، قلت(٣) المس ليس بوطئ حقيقة، و انما هو حامل على الوطئ لانه سببه، فاطلق اسم السبب على المسبب و حملنا على الخلوة لانه لايمس امرأته الا في الخلوة فكان اطلاق الملزوم على اللازم او المسبب على السبب اذ الخلوة سبب للمس ظاهرا و يتأيد ما ذكرناه بالنص، و هو قوله تعالى و كيف تأخذونه و قد افضى بعضكم الى بعض و الافضاء(٤) و هو الخلوة و هو ماخوذ من الفضاء، و هو المكان الخالي، و نهى عن استرداد شيء من المهر، و حمل المس على الخلوة أولى من حمله على الوطئ، لان المجوز للاطلاق ليس الا الملازمة، و ملازمة السبب للمسبب أقوى، لان المسبب لايوجد بدون السبب، و السبب قد يتخلف في المسبب كما في البيع بشرط الخيار فالسبب لازم دائما، و المسبب لازم في حال دون حال. (و ان كان احدهما مريضا) اي اذا كان احد الزوجين مريضا هذا شروع في بيان الموانع و الموانع جمع مانعة و هي اقسام(٥) مانع حقيقي كالمرض، و مانع طبيعي ككون المرأة رتقاء او قرناء او صغيرة لاتطيق الجماع. و مانع حسي و هو أن يكون معهما ثالث، سواء كان بصيراً او اعمى، يقظاناً او نائماً، بالغاً او صبياً يعقل و المجنون و المغمى عليه و الصغير الذي لايعقل لايمنع و زوجته الاخرى تمنع. و عن محمد لاتمنع و جاريته لاتمنع بخلاف جاريتها و الكلب العقور يمنع و ان لم يكن عقوراً، فان كان للمرأة يمنع، و ان كان له

(١) ابن ابى شيبة ص٢٣٥ ج٤/٢. (٢) احكامه - احكام القرآن للجصاص عن محمد بن عبدالرحمن بن ثوبان ص٤٣٧ ج١ و قد مضى تفصيل مثل هذه الاحاديث و الآثار قريبا. (٣) قلت الخ راجع فتح القدير والكفاية. (٤) و الافضاء الخ و في الفتح ص٢١٧ ج٣ الافضاء هو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قاله الفراء. (٥) و هي اقسام الخ و نحوه في فتح القدير ص٢١٧ ج٣ و الفتاوى الهندية ص٣٠٤ ج١ و راجع المغنى ص٦٤ ج٨.

او صائما في رمضان او محرماً بحج فرض او نفل او بعمرة، او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لوطلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر، و قيل مرضه لايعرى عن تكسر و فتور، و هذا التفصيل في مرضها، و أما صوم(١) رمضان لما يلزمه من القضاء و الكفارة و الاحرام لما يلزمه من الدم و فساد النسك و القضاء و الحيض مانع طبعاً و شرعاً،

لايمنع، و مانع شرعي كالاحرام بحج فرض و مانع طبيعي و شرعي كالحيض. (او صائما في رمضان) هو مانع بلا خلاف لما يلزمه من القضاء و الكفارة (او محرماً) او كان احد الزوجين محرماً (بحج فرض او نفل او بعمرة) الكل سواء في المنع (أو كانت حائضا) او نفساء، فانهما مانعان طبعا و شرعا (فليست الخلوة صحيحة) هذا جواب عن الشرطية اي فليست الخلوة صحيحة في الاشياء المذكورة (حتى لو طلقها كان لها نصف المهر، لان هذه الاشياء) يعني المرض و صوم رمضان و الاحرام مطلقا و الحيض (موانع) و في العيون و الحائض و المحرمة اذا جاءت بولد ثبت المهر بذلك كاملاً، و إن جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه. (أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به الضرر) و هذا مقيد بتفصيل و هو ان بالجماع ان كان لايلحقه ضرر، فالخلوة صحيحة (و قيل مرضه لايعرى عن تكسر و فتور) و التكسر في الاعضاء و الفتور في الذكر، و هذا بلاتفصيل و هو الاصح انه لايفصل في مرضه فكل مرض من جانبه يمنع صحة الخلوة، لان جماع الرجل يوجب التكسر و الفتور لامحالة (و هذا التفصيل في مرضها) و هو الصحيح اراد به قوله فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحق به ضرر. و في الذخيرة مرضها متنوع بلاخلاف، و اختلفوا في مرضه، و قيل متنوع، و قيل جميع انواعه مانع على كل حال. و في جوامع الفقه و مرضه او مرضها يمنع اذا كان يضره الجماع. و قال الصدر الشهيد يمنع جميع انواعه و اما صوم رمضان عطف على قوله اما المرض تقديره و اما صوم رمضان فانه يمنع صحة الخلوة لما يلزمه من القضاء والكفارة لانه يجب بالافطار القضاء و الكفارة جميعا، و في ذلك حرج فيكون مانعا. (و الاحرام) عطف على قوله - و صوم رمضان - تقديره، و أما الاحرام المطلق فانه يمنع صحة الخلوة (لما يلزمه من الدم و فساد النسك و القضاء) لان الذي يجامع في احرامه تلزمه هذه الاشياء و قد عرف في موضعه مفصلاً (و الحيض) عطف على قوله - و صوم رمضان - تقديره و أما الحيض (مانع طبعا و شرعاً) أما طبعا فلان فيه من التلوث بالدم النجس، و أما شرعا

---

(١) و اما صوم - ن - صوم.

و ان كان احدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى، و هذا القول في المهر هو الصحيح. و صوم القضاء و المنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه، و الصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه و نفلها كنفله و اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليه نصف المهر

فلقوله تعالى و لاتقربوهن حتى يطهرن (و ان كان احدهما) أي احد الزوجين (صائما تطوعا) أي صوما تطوعا او صائما متطوعا (فلها المهر كله) لصحة الخلوة لانه لايلزمه الا القضاء و علل المصنف بقوله (لانه يباح(١) له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى) بفتح القاف اسم كتاب في الفقه صنفه الحاكم الشهيد ابوالفضل محمد بن احمد السلمي المروزي و هو صاحب الكافي الذي يسمونه مبسوطا (و هذا القول في المهر هو الصحيح) اشارة الى وجوب كل المهر في صوم التطوع، و احترز بالصحيح عن قول من قال صوم التطوع و اخواته تمنع صحة الخلوة، لانه لايحل ابطاله الا بعذر، و بهذا روى عن ابي حنيفة رواية شاذة. و في النهاية قوله – و هذا القول في المهر هو الصحيح – أي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح، اما في حق جواز الافطار، فالصحيح غير رواية المنتقى و هو ان لايباح الافطار من غير عذر. (و صوم القضاء و المنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه) يعني لايمنع الخلوة. و في البدائع روى بشر عن ابي يوسف ان صوم النفل و قضاء رمضان و الكفارات و النذور لاتمنع الخلوة، قال فكان في المسألة روايتان. و في المنافع في صوم التطوع و الكفارة روايتان بالقطع. (و الصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه و نفلها كنفله) أي فرض الصلوة كفرض الصوم، و نفل الصلاة كنفل الصوم في ان الفرض فيهما يمنع صحة الخلوة، و ان النفل فيهما لايمنع، و عن احمد لايمنع الاحرام و الصيام و الحيض و النفاس و غيرها صحة الخلوة، و كذا لايمنع الموانع الحقيقة كالجب والعنة و الرتق و القرن في المرأة، و هو مروى عن عطاء و ابن ابى ليلى، و الثوري و عنه يمنع في رواية، و عنه في صوم رمضان فرق بين المقيم و المسافر. (و اذا خلا المجبوب) و هو الذي استؤصل ذكره و خصيتاه من الجب و هو القطع (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة) و زفر رحمهما الله تعالى ذكره في العيون و به قال عطاء و ابن ابي ليلى و الثوري (و قالا عليه نصف المهر

---

(١) يباح الخ و اعترض عليه بانه ينبغى ان لايلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلاتكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان و اجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة المؤدى عن البطلان و الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلايعدو الى فساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما كذا في العناية و الكفاية ص٢١٨ ج٣.

لانه اعجز من المريض بخلاف العنين، لان الحكم أدير على سلامة الآلة، و لابى حنيفة رحمه الله تعالى ان المستحق عليها التسليم في حق السحق و قد أتت به. قال و عليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلايصدق(١) في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لايحتاط في ايجابه. و ذكر القدوري في

لانه اعجز من المريض) لان المريض ربما يجامع و المجبوب لايقدر عليه اصلا لعدم الآلة (بخلاف العنين لان الحكم أدير على سلامة الآلة) يعني خلوة لعنين صحيحة توجب كمال المهر اتفاقا، لان آلته سالمة فأدير حكمه و هو وجوب كمال المهر على سلامة الآلة، و لا آلة للمجبوب فافترقا، لايقال سلامتها موجودة في المريض أيضا، و مع هذا ليست خلوته صحيحة لان السبب الظاهر و هو سلامة الآلة أقيم مقام الامر الخفي في العنين كما هو الاصل، و المانع من الوطئ فيه خفي ربما يتحقق و ربما لايتحقق بخلاف المريض، فان المانع ثمة ظاهر، و هو المرض فيعتبر الظاهر. و في البدائع خلوة العنين و الخصي صحيحة لانهما لايمنعان الجماع كغيرهما. و في القنية صحة خلوة العنين اجماع و مثله في التحفة و العيون. (و لابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها) بالعقد (التسليم) باقصى ما في وسعها من التمكين (في حق السحق) أي المساس (و قد أتت به) أي و الحال انها قد أتت به، أي بالتسليم المستحق عليها (قال) أي محمد في الجامع الصغير (و عليها العدة في جميع هذه المسائل) أي عند صحة الخلوة و فسادها بالموانع المذكورة (احتياطا) اي لاجل الاحتياط (استحسانا) أي على وجه الاستحسان فيما تصح الخلوة و فيما لاتصح، و القياس أن لا تجب العدة لانه لم توجد الخلوة فلاتجب العدة، و كذا بعد الخلوة لوجود الجامع و هو كونه طلاقا قبل الدخول. وجه الاستحسان هو قوله (لتوهم الشغل) بفتح الشين المعجمة نظرا الى المنع الحقيقي (و العدة حق الشرع) يدل عليه ان الزوجين لايملكان اسقاطها، و التداخل يجرى فيها، و حق العبد لايتداخل (و الولد) اي و حق الولد، لقوله عليه الصلوة و السلام من كان(٢) يؤمن بالله و اليوم الآخر فلايسقين ماءه زرع غيره، و المقصود رعاية نسب الولد و هو حقه (فلاتصدق) أي المرأة (في ابطال حق الغير) بقولها لم يطأني، و قيل معناه فلايصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها (بخلاف المهر) فانه لايجب بالخلوة الفاسدة (لانه مال لايحتاط في ايجابه) لانه لايجب بالشك فلايجب اذا لم تصح الخلوة. فان قيل التوهم معدوم في فصل الجب. قلنا شغل رحمها بمائه موهوم بالسحق، و لهذا ثبت نسب ولدها عند ابي سليمان. (و ذكر القدوري في

---

(١) فلايصدق - ن - فلاتصدق. (٢) من كان يومن الخ اخرجه ابوداود كتاب النكاح باب في وطى السبايا ص٣٠٠ ج١ و مسند احمد ص١٠٨ ج٤.

شرحه ان المانع ان كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، و ان كان حقيقياً كالمرض و الصغير لاتجب لعدم(١) التمكن حقيقة قال و تستحب المتعة لكل مطلقة الا مطلقة(٢)

شرحه) لمختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي (ان المانع) من الخلوة الصحيحة (ان كان شرعياً) كالصلوة و الصوم و نحوهما (تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة) أي لثبوت تمكنه من الوطئ حقيقة بلاشك، و لكن لايتمكن شرعاً فدارت بين الوجوب و عدمه فتجب احتياطاً لجواز انها لاتبالي بالمانع الشرعي (و ان كان) اي المانع (حقيقياً) كالصغر و المرض (لاتجب) أي العدة (لانعدام التمكن) من الوطئ (حقيقة) قال الاترازي بيانه ان في كل موضع يتمكن من الوطئ حقيقة لكن يمتنع لمانع يجب فيه العدة، و فيه الرتق يتصور الوطئ بالفتق، و في المجبوب بالسحق و في كل موضع لايتمكن من الوطئ حقيقة كالمريض السخيف و الصغير او الصغيرة لاتجب العدة، كذا في الفتاوى الصغرى. أما المهر في الرتق فقال في كتاب الصلاة في باب الرجعة اذا خلا بها ثم طلقها يجب عليه نصف المهر، قال الصدر الشهيد، و في شرح الجامع الصغير و من المتاخرين من قال الصحيح ان المذكور على قولهما، و على قول أبي حنيفة تصح الخلوة، و يجب المهر كاملاً كالمجبوب، قال لكن هذا خلاف ظاهر الرواية و قال صاحب الاجناس اتفقت الروايات أنه يجب نصف المهر و هو الاصح. و في شرح الطحاوي أقيم الخلوة(٣) مقام الوطئ في بعض الاحكام كتأكد المهر و ثبوت النسب و وجوب العدة و النفقة و السكنى في العدة، و حرمة نكاح اربع سواها في هذه العدة دون البعض كالاحصان، أي لايصير محصناً بالخلوة و حرمة البنات و الاحلال للزوج الاول، و الرجعة و الارث حتى لو طلقها و مات و هو في العدة لم ترث، و في وقوع الطلاق في هذه العدة اختلاف و الصحيح أنه يقع طلاق آخر في هذه العدة، لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطاً، و في حرمة البنت في هذه العدة عن طلاق بائن اختلاف، فعند محمد تحرم خلافاً لابي يوسف و في المجتبي و الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لاتوجب العدة. و ذكر العتابي(٤) تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهراً ام على الحقيقة، فقيل لو تزوجت و هي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لاقضاء، و الموت أقيم مقام الدخول في حكم المهر و العدة، و فيما سواها من الاحكام كالعدة. و في شرح الناطفي فان ماتت الام قبل أن يدخل بها فابنتها له حلال. (قال) اي القدوري (و تستحب المتعة لكل مطلقة الا مطلقة

---

(١) لعدم – ن – لانعدام. (٢) مطلقة – ن – لمطلقة. (٣) اقيم الخلوة الخ و قد سبق هذا الموضوع قبل اوراق.
(٤) و ذكر العتابي الخ كذا في البحر ص١٦٦ ج٣.

واحدة و هي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها و قد سمى لها مهراً

واحدة و هي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها و قد سمى لها مهراً) صدر الكلام يدل على عموم استحباب المتعة لكل مطلقة، لان لفظ كل اذا أضيف الى النكرة يقتضى عموم الافراد، ثم استثنى منه هذه المطلقة المذكورة، قال صاحب المنافع وقع الاشتباه(١) هنا في الاستثناء و في صدر الكلام، أما الاستثناء فانه ذكر في المبسوط و الحق ان المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول، و قد سمى لها مهراً فتعذر الاستثناء على هذا. و أما صدر الكلام فان المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول و لم يسم لها مهراً، قال والجواب ان المتعة في المستثناة ليست بمستحبة عند القدوري، فقد ذكر في شرحه ان المتعة واجبة و مستحبة، فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول و لم يسم لها مهراً، و المستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول، و قد سمى لها مهراً والمراد من قوله لكل مطلقة غير التي يجب لها المتعة، لانه بين حكم هذه قبل هذا. و قال الاترازي معنى كلام القدوري تستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها، و هي التي طلقها قبل الدخول و قبل التسمية، فان متعتها واجبة الا لمطلقة واحدة، و هي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية، فان متعتها ليست بواجبة و لامستحبة حكماً للطلاق، و لو كان مستحبا لكان لمعنى آخر كما في قوله في صلاة الفطر و لايكبر في طريق المصلي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى، أي حكماً للعيد، و لكن لو كبر لانه ذكر الله تعالى يجوز و يستحب، و هذا اختيار صاحب الهداية، و على رواية صاحب المختلف وغيره ان المتعة المستثناة أيضاً مستحبة فلايصح الاستثناء على روايتهم. و قال صاحب الكافي قوله - تستحب المتعة .... الى آخره - يريد به المطلقة بعد الدخول في نكاح فيه تسمية اولا، و المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية الا المفوضة فانها يجب فيها. و قال الكاكي انه ورد الاشكال في الاستثناء و صدر الكلام المذكورين، ثم اجاب عن الاول بان المصنف اتبع القدوري فذكر ما ذكرناه، ثم قال او لان من نفى الاستحباب اراد به الاستحباب الناشيء من دفع وحشة الفراق، و هو معدوم في المستثنى، و ظهرت المخالفة بين المستثنى و المستثنى منه من هذا الوجه، و عن الثاني بانه أجرى لفظ الاستحباب على العموم، و اراد به حقيقته في البعض، و هي التي طلقها بعد الدخول او قبل الدخول سمى لها مهراً اولا و مجازه أي الوجوب في البعض، و هي التي طلقها قبل الدخول و لم يسم لها مهراً، و في الوجوب استحباب و زيادة، و هذا واضح عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة و المجاز عند اختلاف المحل. و قال الكاكي أيضا او يقال انه اراد به كل مطلقة غير التي يجب لها المتعة لانه

(١) وقع الاشتباه الخ راجع لهذا المبحث الشروح الثلاثة من العناية و الكفاية و فتح القدير ص٢٢٠ ج٣.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب لكل مطلقة الا لهذه، لانها وجب صلة من الزوج، لانه أوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة، لان الطلاق فسخ في هذه الحالة و المتعة لاتتكرر،

بين حكمها سابقاً فدل سبق ذكرها على انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض، و قال السروجي بعد أن ساق كلام المصنف و تستحب المتعة الى قوله - و قد سمى لها مهراً - و في بعض النسخ - و لم يسم لها مهراً - انتهى. قلت قال في المجتبى المكتوب في النسخ المتعة الا التي طلقها قبل الدخول و لم يسم لها مهراً، و هكذا صح الامام ركن الائمة الصباغي في شرحه للقدوري انتهى. قلت على هذه النسخة لايبقى الاشكال. و قال تاج الشريعة قوله و تستحب المتعة لكل مطلقة اعلم ان المتعة واجبة لمطلقة واحدة و هي التي مر ذكرها في الكتاب و مستحبة لمطلقتين احداهما التي طلقها زوجها بعد الدخول و لم يسم لها مهراً، و الاخرى التي طلقها بعد الدخول و قد سمى لها مهراً، و التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية لايكون المتعة واجبة لها و لا مستحبة و هي الصورة المستثناة في الكتاب فصار قوله . و تستحب المتعة لكل مطلقة - أي تستحب لكل مطلقة غير تلك المطلقة التي وجبت متعتها الا المطلقة الواحدة، فالحاصل أن المطلقات اربع لانها لاتخلو اما ان كانت مدخولا بها او لم تكن، فان لم تكن فلايخلو ان كان مهرها مسمى او لم يكن، فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة، و إن كان مهرها مسمى فهي الصورة المستثناة التي لايستحب لها و لاتجب، و إن كانت مدخولاً بها فلاتخلو، اما ان كان مهرها مسمى اولا، و اياما كان يلزم القسمان الآخران و هما اللتان يستحب لها المتعة. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب) أي المتعة (لكل مطلقة الا لهذه) و هي التي طلقها قبل الدخول بعد تسمية المهر فليست المتعة عنده واجبة لها على القول الجديد، و على قوله القديم تجب المتعة، و بقوله قال احمد رحمه الله تعالى في رواية، و في رواية مثل قولنا، و قال مالك رحمه الله تعالى انها مستحبة في الجميع (لانها) اي لان المتعة (وجبت صلة من الزوج) و ليست بعوض، و لهذا اختلف بيسار الزوج و اعساره و الاعواض لاتختلف بحال من عليه (لانه) لان الزوج (اوحشها بالفراق) فاوجبناها صلة دفعاً لوحشة الفراق. (الا ان في هذه الصورة) أي المستثناة (نصف المهر) منصوب لانه اسم، لان و (طريقة المتعة) مرفوع لانه خبر ان، و تقدير الكلام للمستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة، (لان الطلاق فسخ) معنى (في هذه الحالة) أي في الطلاق قبل الدخول لعود مالها اليها سالماً، و ذلك يقتضى سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة (و المتعة لاتتكرر) فلايجب المتعة لهذه المطلقة

و لنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل و وجبت المتعة، و العقد يوجب العوض فكان خلفاً و الخلف لايجامع الاصل و لاشيئا منه فلاتجب مع وجوب شئ من المهر و هو غير جان في الايحاش فلاتلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل، و اذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه المتزوج(١) بنته أو أخته ليكون احد العقدين عوضاً عن الاخر، فالعقدان جائزان، و لكل واحدة منهما مهر مثلها،

مع نصف المهر، و قيل قوله - و طريق المتعة - وقع على اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا حيث قالوا الطلاق في هذه الحالة فسخ فيسقط جميع المسمى، و انما يجب نصفه على طريق المتعة، و أما الآخرون منهم قالوا يبقى نصف المهر و يسقط نصفه بالطلاق، لقوله تعالى فنصف ما فرضتم (و لنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة) بكسر الواو، و هي التي طلقها قبل الدخول، و لم يسم لها مهراً، او تزوجها على ان لا مهر لها (لانه) أي لان الشأن (سقط مهر المثل) بالطلاق قبل الدخول (و وجبت المتعة و العقد) أي والحال ان العقد (يوجب العوض) لاينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم (فكان خلفاً) عن مهر المثل كالتيمم مع الوضوء (و الخلف لايجامع الاصل) اراد بالخلف المتعة و بالاصل المهر (و لا شيئا منه) اي من الاصل فلاتجب المتعة بوجوب المهر ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول و بعض المفروض عنده قبله (فلاتجب) اي المتعة (مع وجوب شيء من المهر و هو غيرجان في الايحاش) جواب عن حرف الخصم، و هو قوله أوحشها بالفراق، و تقريره سلمنا انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في ذلك الايحاش جانياً لانه فعل ما فعل باذن الشرع. (فلاتلحقه الغرامة به) أي بالايحاش، و ذلك لان الطلاق مباح شرعاً، و ربما يكون مستحباً اذا كانت المرأة سليطة او تاركة للصلاة او خافا ان لايقيما حدود الله، قيل هذا مما يعلم و لايفتى به كما في صورة المرأة الصالحة و الزوج مدمن خمر، او يطلقها ثلاثا و لايتزوجها فانه يجوز لها أن تدفع السم الى زوجها فتقتله فيما بينه و بين الله عزوجل (فكان من باب الفضل) أي فكانت المتعة من باب الاحسان، و انما قال فكان على تاويل المتاع لان المتاع و المتعة بمعنى واحد او على تاويل فعل المتعة. (و اذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضاً عن الاخر فالعقدان جائزان، و لكل واحدة منهما مهر مثلها) هذا النكاح يسمى نكاح الشغار(٢) من الشغور، و هوالرفع و الاخلاء، يقال شغر البلد اذا خلا عن

---

(١) المتزوج - ن - الآخر. (٢) نكاح الشغار الخ راجع عمدة القاري باب الشغار ص١٠٨ ج٢٠ و فتح الباري ص٢٠٢ ج٩ و اوجز المسالك جامع ما لايجوز من النكاح ص٢٧٨ ج٤. و تكملة شرح المهذب ص٢٤٥ ج١٦.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى بطل العقدان

الناس، و البلد شاغرة اذا لم تمنع من غارة أحد، و سمى هذا النكاح بذلك لخلوه عن المهر، و هو من انكحة الجاهلية. و قال صلى الله عليه وسلم لاشغار في الاسلام، و قيل هو من الرفع يقال شغر الكلب اذا رفع رجله ليبول، و فيه قولان، قيل سمي به لانهما رفعا المهر من العقد، و قيل معناه لاترفع رجل بنتى حتى ارفع رجل بنتك لاهل الجاهلية، ذكره الغزالي في الوسيط و البسيط. و قيل الشغار البعد، فكانه بعد عن الحق في نفي المهر و اشغر في الفلاة أبعد فيها. فان قلت قوله عليه الصلوة و السلام لاشغار في الاسلام، حديث صحيح أخرجه الجماعة(١) من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه، و أخرجه الترمذي(٢) ايضا من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه و أخرجه مسلم(٣) من حديث جابر رضي الله تعالى عنه، و لفظه نهى رسول الله صلى الله عليه وسم عن الشغار. قلت النهي الوارد فيه انما كان من أجل خلائه عن تسمية المهر، و تركه بالكلية على عادة الجاهلية لا لعين النكاح، فاشبه البيع وقت النداء و النكاح لايبطله خلوه من تسمية المهر كالمفوضة، و لا فساد تسميته كالصداق المجهول، و ملك الغير و الآبق و لاتسمية بما ليس بمال كالميتة و الدم، و لا تسمية ما ليس بمتقوم كالخمر و الخنزير، و قد نص امام الحرمين على أن خلوه لايبطله و لاشرط آخر في النكاح، لانه شرط فاسد و النكاح لا يبطله الشروط الفاسدة. قوله في الكتاب عوضاً عن الآخر قيد به لانه لو لم يقل على أن يكون بضع كل واحدة صداقاً للآخر يجوز النكاح و لايكون شغاراً باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و أما اذا قال الآخر زوجتك بنتي على أن تزوجني ابنتك على أن يكون نكاح كل واحدة منهما صداقاً للأخرى فانه ينعقد النكاح عندنا، و لكل واحدة منهما مهر المثل، و كذا اذا قالا في الاختين او الابنتين. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يبطل العقدان، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و احتجوا بالحديث، و اجبناه عن قريب، و بقولنا قال عطاء و عمرو بن دينار و مكحول و الزهري و الثوري. و قال الاوزاعي إن كانا دخلا بهما فلهما مهر مثلهما، و قبل الدخول يفسخ و يستقبل العقد. و قال عطاء المشاغران يقران على نكاحهما و يؤخذ لكل واحدة

(١) الجماعة البخاري باب الشغار ص٧٦٦ ج٢ و مسلم باب تحريم نكاح الشغار ص٤٥٤ ج١ و ابوداود باب في الشغار ص٢٩٠ ج١ و الترمذي باب ماجاء من النهي عن نكاح الشغار ص١٣٤ ج١ و النسائي تفسير الشغار ص٨٥ ج٢ و ابن ماجة باب النهي عن الشغار ص١٣٧. (٢) الترمذي ص١٣٤ ج١. (٣) مسلم ص٤٥٤ ج١. و اخرج مسلم و النسائى عن ابي هريرة رضي الله عنه حديث النهي عن الشغار و اخرجه ابوداود عن معاوية رضي الله تعالى عنه.

لانه جعل نصف البضع صداقاً، و النصف منكوحة(١) و لا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب، و لنا انه سمى ما لايصلح صداقاً فيصح العقد و يجب مهر المثل، كما اذا سمى الخمر و الخنزير و لاشركة بدون الاستحقاق، و ان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها، و قال محمد رحمه الله تعالى لها قيمة خدمته،

صداق و يبطل تشاغرهما، و لم يستدل المصنف للشافعي رحمه الله تعالى في هذا بالحديث، بل استدل له بالمعقول حيث قال (لانه) أي لان الرجل الذي زوج بنته على أن يزوجه الرجل بنته (جعل نصف البضع) من كل واحدة منهما (صداقا و النصف) الآخر (منكوحاً، و لا اشتراك في هذا الباب) أي في باب النكاح، لان البضع الواحد لايكون مشتركاً بين شخصين، كما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين، و اذا لم يصح الاشتراك (فبطل الايجاب) و اذا بطل الايجاب بطل العقد. (و لنا انه سمي ما لايصلح صداقاً فيصح العقد و يجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر و الخنزير) بان تزوجها على خمر او خنزير (و لا شركة بدون الاستحقاق) هذا جواب الخصم، و بيانه(٢) ان البضع لما لم يصلح صداقاً لم يتحقق الاشتراك، لان منافع بضع المرأة لاتصلح ان تكون مملوكة لامرأة أخرى، فبقي هذا شرطاً فاسداً و النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة (و ان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة او على تعليم القرآن) اي او تزوجها على أن يعلمها القرآن صح النكاح (فلها مهر مثلها) في الصورتين، و بصورة تعليم القرآن، مثل قولنا قال مكحول و الليث و مالك واسحاق و احمد في رواية، و اختاره ابوبكر من الحنابلة و ابن الجوزي في التحقيق، لانه عبادة و ليس بمال، و شرح النكاح بابتغاء فصار كالصوم و الصلاة و تعليم الايمان، و معنى حديث الواهبة(٣) نفسها و قوله عليه الصلوة و السلام زوجتكها بما معك من القرآن، أي من اجل انك من أهل القرآن او ببركة ما معك من القرآن كتزوج أبي طلحة رضي الله تعالى عنه على إسلامه، (و قال محمد رحمه الله تعالى لها قيمة خدمته) سنة و المسألة من مسائل القدوري، و لكنه ذكرها على الاتفاق، و لم يذكر خلاف محمد، والمصنف ذكره اتباعاً لرواية الجامع الصغير، فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل تزوج امرأة على خدمته سنة، قال إن كان حراً فلها مهر مثلها، وإن كان عبداً فلها خدمته سنة، و قال محمد لها خدمته سنة إن كان حراً، قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبوجعفر ينبغي أن يكون قول ابي يوسف مثل قول محمد، و قال بعض مشايخنا أن قوله مثل قول ابي حنيفة رحمهم

---

(١) منكوحة – ن – منكوحا. (٢) و بيانه الخ كذا في العناية. (٣) و معنى حديث الواهبة الخ و قد سبق هذا البحث قبل ورقات.

و ان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز و لها خدمته و قال الشافعي رحمه الله تعالى لها تعليم القرآن و الخدمة في الوجهين، لان مايصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصصلح مهراً عنده لانه(١) بذلك تتحقق المعاوضة، و صار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاها او على رعي الزوج غنمها، و لنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال، و التعليم ليس بمال، و كذلك المنافع على أصلنا و خدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته و لا كذلك الحر، و لان خدمة الزوج

الله تعالى. (و إن تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز و لها خدمته) سنة لما فيه من تسليم رقبته و العبد من الاموال يباع في الاسواق و يعرض عرض الدواب و قد سلبت عنه كرامات البشر. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لها تعليم القرآن و الخدمة في الوجهين) أي في الحر و العبد، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و كذا الخلاف لو تزوجها و جعل مهرها طلاق الضرة او العفو عن القصاص، فعندنا يجب مهر المثل، و عندهم المسمى (لان ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده) أي عند الشافعي، لان المقصود تحقق المعاوضة (لانه بذلك تتحقق المعاوضة، و صار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاها، أو على رعي الزوج غنمها) أي او تزوجها على أن يرعى غنمها سنة و كذا اذا تزوجها على أن يزرع ارضها سنة. (و لنا ان المشروع) أي في عقد النكاح (انما هو الابتغاء بالمال) أي الطلب بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم (و التعليم ليس بمال) أي تعليم القرآن ليس بمال، فضلاً أن يكون متقوماً (و كذالك المنافع) غير متقومة (على أصلنا) لانها اعراض لاتبقى زمانين، و تقومها في العقد على خلاف القياس (و خدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته) أي رقبة العبد كما في الاجارة (و لا كذلك الحر) لانه لايتضمن رقبته، و على هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة آخر و رعي الغنم، قاله الاكمل(٢). و في المحيط(٣) و لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته، و ترجع على الزوج بقيمة خدمته، و على رعي غنمها و زراعة ارضها يجوز في رواية و لايجوز في رواية، و في المرغيناني روايتان، و لو تزوج(٤) العبد على رقبته باذن مولاه أمة او مدبرة او أم ولد جاز. و لو تزوج عليها حرة او مكاتبة لايجوز و لاينفذ بقيمته، لان المنع من جهة الشرع لا من جهة المالك بخلاف عبد الغير، حيث يصح النكاح و تجب قيمته (و لان خدمة الزوج

---

(١) لانه - ن - لان. (٢) الاكمل في العناية ص٢٢٣ ج٣. (٣) و في المحيط الخ كذا في الفتح ص٢٢٣ ج٣.
(٤) و لو تزوج العبد الخ كذا في الفتاوى الهندية ص٣٠٣ ج٣.

الحر لايجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه، لانه لا مناقضة و بخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه و أمره(١) و بخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية، ثم على قول محمد رحمه الله تعالى تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير. و على قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله

الحر لاتجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه) أي لما في استحقاق خدمة الزوج الحر (من قلب الموضوع) لان موضوع النكاح أن يكون الزوج مالكاً قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء و المراد بالقيامة المالكية، و مقتضى النكاح أن تكون المرأة خادمة، و الزوج مخدوماً لقوله عليه الصلوة و السلام النكاح رق(٢) و في جعله خدمة الزوج مهراً كان الرجل خادماً و المرأة مخدومة، و هذا خلاف موضوع النكاح بلاخلاف. (و بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه) يصلح ان يكون مهراً لانه يسلم فيه رقبته كالمستأجر و (لا مناقضة فيه بخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى) يعني من حيث المعنى (حيث يخدمها باذنه و بأمره) بالنكاح (و بخلاف رعى الاغنام لانه من باب القيام بأمور الزوجية) و ليس من باب الخدمة، لانهما يشتركان في منافع أموالهما فلايتمحض الخدمة، ألا ترى أن الابن اذا استاجر اباه للخدمة لايجوز، و لو استاجره لرعي الغنم و الزراعة و غيرهما يجوز، و كيف و قد وقع التنصيص في قصة(٣) شعيب عليه السلام و شريعة من قبلنا تلزمنا، اذا نص الله و رسوله بلا انكار (فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية) و هي رواية الاصل و الجامع و هو الاصح، و يجوز على رواية ابن سماعة، و عللها بقوله لانه من باب القيام بامور الزوجية (ثم على قول محمد رحمه الله تعالى تجب قيمة الخدمة) اي خدمة الحر (لان المسمى) و هو الخدمة (مال) و لهذا يرد العقد عليها اذ المنفعة تصير مالا بايراد العقد عليها (الا انه عجز عن التسليم) أي عن تسليم الخدمة (لمكان المناقضة) و هي كون المخدوم خادماً، و الخادم مخدوماً، و هي ممنوعة عن استخدام الزوج شرعاً فيكون لها قيمة المسمى (فصار كالتزوج على عبد الغير) فاستحق فيلزمه قيمته. (و على قول أبي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله

---

(١) و امره – ن – و بامره. (٢) النكاح رق – و قد سبق بيانه في اوائل فصل في الكفاءة اخرجه العراقي في المغنى كما في الموسوعة ص١٠٦ ج١٠. (٣) قصة شعيب عليه السلام كذا في الكفاية ص٢٢٤ ج٣ و جوابه ان الله تعالى لما لم يشرع النكاج بدون المال صار ذالك انكارا للنكاح بما ليس بمال و رعى الاغنام ليس بمال =>

تعالى يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال، اذ لاتستحق(١) فيه بحال، فصار كتسمية الخمر و الخنزير، و هذا لان تقومه(٢) بالعقد للضرورة، فاذا لم يجب تسليمه في العقد لايظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل(٣) و هو مهر المثل، فان تزوجها على ألف فقبضتها و وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين مايستوجبه، لان الدراهم و الدنانير لاتتعينان في العقود و الفسوخ، و كذا

تعالى يجب مهر المثل، لان الخدمة) أي خدمة الحر (ليست بمال اذ لاتستحق فيه) أي لاتستحق الخدمة في النكاح، قال الاترازي سماعنا في هذا الموضع بكلمة او(٤) التي هي موضوعة لاحد الشيئين على أن تكون هذه الجملة دليلاً ثانياً بيانه ان مهر المثل انما وجب لاحد الامرين اما لان خدمة الزوج الحر ليست بمال او لان خدمته لها لاتعتبر مستحقة في النكاح (بحال) يعني أصلاً، لان المنافع ليست بمال متقوم حقيقة، لعدم الاحراز و تقومها في العقود للضرورة شرعاً بخلاف القياس، فاذا منعنا الشرع عن تسليم هذه المنفعة لمكان المناقضة لم يثبت تقومها لما ذكرنا أن فيه قلب الموضوع (فصار كتسمية الخمر و الخنزير) اذا عقد، و سماهما او احدهما فانه يجب مهر المثل. (و هذا لان تقومه بالعقد للضرورة) اي لان تقوم المسمى و هو الخدمة لضروة حاجة الناس في العقود و هي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج (فاذا لم يجب(٥) تسليمه) أي تسليم ما ليس بمال (في العقد لايظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل و هو مهر المثل) اذ مهر المثل هو الاصل في النكاح. (فان تزوجها على الف) أي تزوج امرأة و جعل صداقها الف درهم (فقبضتها) أي فقبضت المرأة الالف الصداق (و وهبتها له) أي للزوج (ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها) أي رجع الزوج على المرأة (بخمسمائة) و هي نصف المهر، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و قال في الاظهر لايرجع كما في العين، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية (لانه) أي لان الزوج (لم يصل اليه بالهبة) أي هبة الالف التي قبضتها ثم وهبتها له (عين ما يستوجبه) أي عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، لانه يستحق به نصف المهر و المقبوض ليس بمهر، بل هو عوض عنه، و هذا لان المهر دين في الذمة و المقبوض عين فكان مثله لا عينه، فصارت هبة المقبوض كهبة مال آخر، و حقه في سلامة نصف الصداق و لم يسلم فله الرجوع و هذا (لان الدراهم و الدنانير لاتتعينان في العقود و الفسوخ) عندنا فصار كهبة مال آخر، (و كذا) أي و

=> فكان النكاح به منسوخا كذا في حاشية الهداية عن الهداد. (١) تستحق - ن - يستحق. (٢) تقومه - ن - تقومها. (٣) على الاصل - ن - للاصل. (٤) بكلمة او راجع العناية ص٢٢٤ ج٣. (٥) لم يجب و لو قال فاذا لم يجز تسليمه كان اولى فتامل. كذا في العناية.

اذا كان المهر مكيلاً او موزوناً او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء و في القياس يرجع عليهابنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه سلم المهر له بالابراء فلاتبرأ عمايستحقه بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان أنه وصل اليه عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول و هو براءة ذمته عن نصف المهر و لايبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود و لو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله

كذا يرجع عليها بالنصف (اذا كان المهر مكيلاً او موزوناً او شيئاً آخر في الذمة) كالمعدود و ليس في كثير من النسخ لفظ او شيئاً بل هو او موزوناً آخر بلفظ آخر صفة الموزون، و قال الاترازي رحمه الله تعالى او موزوناً آخر غير الدراهم و الدنانير يعني غير مقبوض بان تزوجها و جعل مهرها كذا و كذا كراً من الحنطة او الشعير، او كذا و كذا رطلاً من الاشياء التي توزن، أو شيئاً آخر غير المكيل و الموزون، و كل ذلك بلاقبض، و علل هذا بقوله (لعدم تعينها) أي لعدم تعين هذه الاشياء عند العقد، و لهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت. (فان لم تقبض الالف) أي فان لم تقبض المرأة الالف التي أصدقها (حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول به لم يرجع واحد منهما) أي من الزوجين (على صاحبه بشيء) من ذلك في قولهم جميعاً أي في قول ابي حنيفة و صاحبيه استحساناً، (و في القياس يرجع عليها بنصف الصداق و هو قول زفر رحمه الله تعالى لانه) أي لان الزوج (سلم المهر له بالابراء) و ماسلم له بالابراء غير مايستحقه بالطلاق و هو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلاتبرأ) أي المرأة (عما يستحقه) أي الزوج (بالطلاق) قبل الدخول و هو النصف. (وجه الاستحسان انه) أي ان الزوج (وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول و هو براءة ذمته عن نصف المهر) لكن بسبب آخر و هو الابراء (و لايبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود) و هو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر، لان الاسباب غير مطلوبة لذاتها بل لاحكامها، ألا ترى أن من يقول لآخر لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، و قال الآخر الجارية جاريتك و لي عليك ألف، لزمه المال لحصول المقصود، و إن كذبه في السبب و هو بيع الجارية. (و لو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) أي فيما يتعين و فيما لايتعين، و به

تعالى و قالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل، و لان هبة البعض حط فيلحق(١) باصل العقد. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان مقصود الزوج حصل(٢) و هو سلامة نصف الصداق بلاعوض فلايستوجب الرجوع عند الطلاق و الحط لايلتحق(٣) بأصل العقد في النكاح ألاترى أن الزيادة فيه لاتلتحق حتى لاتتنصف(٤) و لو كانت وهبت أقل من النصف و قبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف و

قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه، و هو الاصح، و في وجه يرجع عليها بنصف الصداق و هوقول زفر رحمه الله تعالى و هو القياس. (و قالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل) يعني لو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت، فكذا اذا قبضت البعض (و لان هبة البعض حط فيلحق باصل العقد) أي البعض الذي لم يقبضه حط و الحط يلحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن مقصود الزوج قد حصل) و قد فسر مقصوده، بقوله (و هو سلامة نصف الصداق بلاعوض) قد حصل قبل الطلاق (فلايستوجب الرجوع عند الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل (و الحط لايلتحق بأصل العقد في النكاح) جواب عن قولهما و لان هبة البعض حط تقريره(٥) بان الحط لايلتحق باصل العقد في النكاح لانه ليس بعقد مغابنة و لامبادلة مال بمال فلاتقع الحاجة الى دفع الغبن فلايلتحق باصل العقد، و انما يلتحق في البيع فانه عقد مغابنة و مبادلة مال بمال و مرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن، ثم استوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لاتلحق حتى لاتتنصف) و كذا الحط لايلتحق لان الحط و الزيادة سيان فاذا لم يلتحق الحط(٦) لاتلتحق الزيادة، الا ترى انها لو حطت عن الزوج الا خمسة لم يكمل لها عشرا اعتباراً بالابتداء، و لو التحق الحط باصل العقد يكمل، و لو انتصف و لم تهب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي اعتباراً بالابتداء (و لو كانت وهبت اقل من النصف و قبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف) صورته تزوجها على ألف فوهبت منه مائتين و قبضت الباقي، فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف. (و

---

(١) فيلحق - ن - فيلتحق. (٢) حصل - ن - قد حصل. (٣) لايلتحق - ن - لايلحق. (٤) لاتتنصف - ن - لاتنصف. (٥) تقريره و في العناية و وجه ذالك ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة و الحط و النكاح ليس كذلك. (٦) فاذا لم يلتحق الحط الخ لعل الصواب ان يقال بالعكس فاذا لم تلتحق الزيادة لايلتحق الحط.

عندهما بنصف المقبوض، و لو كان تزوجها على عرض فقبضته(١) او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بهالم يرجع عليها بشيء و في القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى رجع(٢) عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره، وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها و قد وصل اليه، و لهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه، بخلاف ما اذا كان المهر ديناً و بخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل. و لو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب،

عندهما بنصف المقبوض) يعني يرجع عليها باربعمائة، لان عنده ما سلم للزوج معتبر و عندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض، (و لو كان تزوجها على عرض) و في الكافي تزوجها على ما يتعين بالتعيين كالعرض. و في جامع قاضي خان و المكيل و الموزون اذا كان عيناً فهو بمنزلة العروض، و إن كان دينا فهو بمنزلة الدراهم (فقبضته او لم تقبض) يعني القبض و عدمه سواء في حكم المسألة (فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) استحساناً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في القديم، و في الجديد يرجع، و هو قول مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية و هو قول زفر (و في القياس و هو قول زفر رحمه الله رجع عليها بنصف قيمته، لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره) يعني في قوله لانه سلم له المهر في الابراء فلاتبرأ عما يستحقه. (وجه الاستحسان أن حقه) أي حق الزوج (عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها) بلاعوض (و قد وصل اليه) عين المهر بلا عوض من جهتها فحصل مقصوده فلا يرجع بشيء كمن عجل الدين المؤجل قبل حلول الاجل، و كمن عجل الزكاة قبل الحلول (و لهذا) أي و لاجل وصول حقه اليه (لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه) أي مكان ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه في الرد (بخلاف ما اذا كان المهر ديناً) يعني دينا يجرى فيه العوض كالمكيل و الموزون حيث يرجع عليها بالنصف، لان المقبوض لايتعين بالرد اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها. (و بخلاف ما اذا باعت) يعني الصداق العوض (من زوجها لانه وصل اليه ببدل) أي بعوض، لانه اشتراه منها و السلامة بعوض كلا سلامة فلاينوب عما استحقه بالطلاق فيرجع عليها بنصف المهر. (و لو تزوجها على حيوان) بان تزوجها على حمار او فرس او نحوهما (أو عروض) أى أو تزوجها على عروض حال كونها (في الذمة) بان قال على ثوب هروى بين جنسه و نوعه (فكذلك الجواب) أي لايرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض، و

---

(١) فقبضته - ن - فقبضت. (٢) رجع - ن - يرجع.

لان المقبوض متعين في الرد، و هذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه و اذا تزوجها على ألف على أن لايخرجها من البلدة او على أن لايتزوج عليها أخرى فان وفي بالشرط فلها المسمى، لانه صلح مهراً و قد تم رضاها به، و ان تزوج عليها أخرى او اخرجها فلها مهر مثلها، لانه سمى مالها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها، كما في تسمية

على قول الشافعي لاتصح التسمية و يجب مهر المثل، و عن مالك في رواية و احمد في رواية يفسد النكاح لجهالة المسمى، و عندنا صح العقد و وجب الوسط، و انما لايرجع بشيء (لان المقبوض متعين في الرد) اذ الاصل(١) في العرض و الحيوان المعينة و ثبوته في الذمة على خلاف الاصل للضرورة لما فيه من الجهالة، و كان ينبغي أن يفسد العقد، و لكنه صح و وجب الوسط. (و هذا) اشار(٢) به الى شيئين، احدهما الى جواز النكاح بالحيوان و العروض بلاتعيين، و الآخر الى أن المقبوض متعين في الرد، فاشار الى الاول بقوله (لان الجهالة) يعني عدم التعيين (قد تحملت في النكاح) لان مبناه على المسامحة عادة، و انما قيد بقوله تحملت في النكاح احترازاً عن المعاوضات المحضة، حيث لايتحمل فيها الجهالة، كما لو اشترى فرسا او حماراً لايجوز لما عرف ان مبناه على المضايقة فيؤدى الى المنازعة، و أشار الى الثاني بقوله (فاذا عين) أي بالقبض. (يصير كان التسمية وقعت عليه) و لو كان كذلك كان متعيناً، و كذلك اذا عين بالقبض، و فائدة الاول صحة العقد و إن كان المسمى مجهولاً، و منع وجوب مهر المثل. و فائدة الثاني عدم رجوع الزوج عليها بشيء إن وهبته له، و عدم ولاية الاستبدال بغيره، بخلاف الدراهم و الدنانير. (و اذا تزوجها على الف) أي اذا تزوج رجل امرأة على ألف درهم (على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لايتزوج عليها أخرى) أي او يتزوج بشرط ان لايتزوج عليها امرأة أخرى فالنكاح صحيح، و ان كان شرط عدم المسافرة او عدم التزوج فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع (فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهراً) أي لانه سمى ما صلح مهراً لانه سمى ما لها فيه نفع و هو عدم اخراجها من البلد و عدم التزوج عليها (و قد تم رضاها به) أي رضى المرأة بما سمى. (و إن تزوج عليها اخرى او اخرجها) أي من البلدة (فلها مهر مثلها) و صورة المسألة فيما اذا كان مهر المثل أكثر من الالف (لانه سمى ما لها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل (فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية

---

(١) اذ الاصل الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢) اشار الخ كذا في العناية.

الكرامة و الهدية مع الالف،

الكرامة) بان يكرمها و لايكلفها الاعمال الشاقة (و الهدية) أي و كما في تسمية الهدية (مع الالف) بان شرط ما يبعث به كما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة. و قال زفر رحمه الله تعالى إن شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية، فالجواب هكذا، و إن شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الالف، و في المغنى(١) الشروط في النكاح أقسام ثلاثة، الاول: يلزم الوفاء به، و هو مايعود نفعه اليها و هو أن لايخرجها من دارها او بلدها او لايسافر بها او لايتزوج عليها و لايتسرى عليها، فهذه الشروط يلزمه الوفاء بها، فان لم يف فلها فسخ نكاحها يروى ذلك عن عمر و سعد بن ابي وقاص و معاوية و عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهم، و به قال شريح و عمر بن عبدالعزيز و جابر بن زيد و طاووس و الاوزاعي و اسحاق و أبطل هذه الشروط الزهري و قتادة و هشام بن عروة و الليث و الثوري و مالك و الشافعي و ابن المنذر. و قال ابوحنيفة و أصحابه يكمل لها مهر المثل ان نقصت منه بسبب هذه الشروط. و الثاني: ما يبطل فيه الشروط و يصح النكاح، مثل أن يشرط ان لايكون لها مهر او أن لاينفق عليها او أن لايطأها، أو أن يعزل عنها، أو لايكون عندها في الجمعة الا يوماً او ليلة، او شرط لها النهار دون الليل، او شرط عليها أن تنفق عليه او تعطيه شيئا من مالها، فهذه الشروط كلها باطلة لانها تنافي مقتضى العقد، و النكاح صحيح في الصور كلها، لانه لايبطل بالشروط الفاسدة. و الثالث: ما يبطل به النكاح و هو التوقيت في النكاح و نكاح المتعة و اشتراط الخيار(٢) و هذا اتفاق، او يقول زوجتك ان رضيت امها او فلان او ان جئت بالمهر في وقت كذا، و الا فلا نكاح بيننا. و ذكر ابو الخطاب فيه و في خيار الشرط و رضى أمها أو رضى فلان روايتان، احدهما النكاح فيها صحيح و الشرط باطل، و به قال ابوثور و حكاه عن ابي حنيفة في شرط الخيار و زعم انه لاخلاف فيها. و في خزانة الاكمل تزوجها على أن أباها بالخيار صح النكاح و بطل الخيار، و إن قال ان رضى أبى فالنكاح باطل. و قال ابن قدامة عن عطاء و

(١) المغنى ص٤٤٨ ج٧ و راجع اوجز المسالك عنوان ما لايجوز من الشروط في النكاح ص٢٦٤ ج٤ و عمدة القاري باب الشروط في النكاح ص١٤٠ ج٢٠ و فتح الباري باب الشروط في النكاح ص٢١٧ ج٩. (٢) و اشتراط الخيار الخ و لفظ المغنى او يشترط الخيار في النكاح لهما او لاحدهما و في عمدة القاري ما حاصله يتزوج الرجل و يشترط لها ان لايخرجها من دارها او لايتزوج عليها او نحو ذالك من الشروط المباحة فعند الامام احمد رحمه الله تعالى يجب الوفاء و عند الائمة الثلاثة ابي حنيفة و مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى لايجب الوفاء.

و لو تزوجها على الف ان اقام بها، و على الفين ان اخرجها، فان اقام بها فلها الالف، و ان اخرجها فلها مهر المثل لايزاد على الفين و لا ينقص عن الالف و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال الشرطان جميعاً جائزان حتى كان لها الالف إن اقام بها، و الالفان إن اخرجها. و قال زفر الشرطان جميعاً فاسدان، و يكون لها مهر مثلها لاينقص من الف و لايزاد على ألفين. و أصل المسألة في الاجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم و ان خطته غداً فلك نصف درهم و سنبينها فيه

أبي حنيفة و الثوري و الاوزاعي ان من قال في النكاح ان جاء بالمهر في وقت كذا و كذا و الا فلا عقد بيننا أن الشرط باطل و العقد صحيح. و روى ابن منصور عن احمد ان الشرط و العقد جائزان، و عن مالك والشافعي و أبي عبيد فساد العقد. و في اشتراط الخيار في الصداق عن الحنابلة(١) ثلاثة اوجه صحة العقد و بطلان الخيار و صحتهما و صحة العقد و بطلان الصداق.
(و لو تزوجها على ألف ان اقام بها) يعني في بلدها (و على ألفين إن أخرجها) يعني من بلدها (فان أقام بها فلها الالف، و إن أخرجها فلها مهر المثل لايزاد على ألفين و لاينقص عن الالف و هذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة رحمه الله و قالا الشرطان جميعاً جائزان حتى كان لها الالف إن اقام بها و الالفان) أي و كان لها الالفان (ان أخرجها) من بلدها، (و قال زفر الشرطان جميعاً فاسدان) و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى و ذكر مشايخ العراق قول زفر و الحسن كقول ابي حنيفة ذكره في فتاوى قاضي خان، و في شرح(٢) الطحاوي و على هذا الخلاف اذا تزوجها بالف إن كان له امرأة، و بألفين إن لم يكن، او بالف ان كانت عجمية، و بالفين ان كانت عربية، او بالف ان كانت ثيباً و بالفين ان كانت بكراً. و لو تزوجها بالف أن كانت قبيحة، و بالفين ان كانت جميلة فيصحان بالاجماع لانه لاخطر في التسمية الثانية، لان احد الوصفين ثابت جزما. و في نوادر ابن سماعة عن محمد نص على الخلاف فيه، و لو طلقها قبل الدخول في هذه الفصول فلها نصف الالف عنده (و يكون لها مهر مثلها لاينقص من الف و لايزاد على الفين) و لم يذكر المصنف وجوه هذه الاقوال، و احالها على باب الاجارة حيث قال: (و اصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم و ان خطته غداً فلك نصف درهم و سنبينها(٣) فيه)

---

(١) عن الحنابلة الخ راجع المغني ص٤٥٢ ج٧. (٢) شرح الطحاوي الخ و كذا في الكفاية ص٢٣٣ ج٣. (٣) و سنبينها الخ و في العناية ص٢٣٢ ج٣ و المصنف لم يذكر وجوه الاقول و احالها على باب الاجارة على احد الشرطين و لم يذكر هناك هذه المسئلة و انما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجئ ان شاء الله تعالى.

ان شاء الله، و لو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد، فاذا احدهما اوكس و الآخر أرفع، فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس، و ان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع، و ان كان بينهما فلها مهر مثلها، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى و قد أمكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن و صار(١) كالخلع و الاعتاق على مال و لابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي مهر المثل، اذ

أي في كتاب الاجارة (ان شاء الله تعالى) وجه قول زفر(٢) رحمه الله تعالى انه ذكر بمقابلة شيء واحد و هو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل و هما الالف و الالفان، فتفسد التسمية للجهالة، و يجب مهر المثل، و به قال الشافعي و ابوثور رحمهما الله تعالى و وجه قولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين فيصحان جميعا، و به قال اسحاق و احمد رحمهما الله تعالى في رواية. و وجه قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه، فيتعلق العقد به، ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه و لم يفسد النكاح. (و لو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما) أي احد العبدين (اوكس) من الوكس و هو النقص (و الآخر ارفع) أي اكثر قيمة من الآخر (فان كان مهر مثلها اقل(٣) من اوكسهما فلها الاوكس و ان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع و ان كان بينهما) اي بين الارفع و الاوكس (فلها مهر مثلها، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لها الاوكس في ذلك كله. و ان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع) أي باجماع اصحابنا قاعدة هذا ان البدل الاصلى عنده مهر المثل، و عندهما المسمى اذا فسدت على ما يجيء الآن يخرج ذلك من ذكره تعليل الثلاثة و هو قوله (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى و قد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع) على الف او الفين (و الاعتاق) اي و صار كالاعتاق على الف او الفين (على مال) يرجع الى الخلع و الاعتاق جميعا، و كذا الاقرار بالالف او الالفين. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ

---

(١) و صار - ن - فصار. (٢) وجه قول زفر رحمه الله الخ كذا في العناية ص٢٣١ ج٣. (٣) اقل الخ و في فتح القدير ص٢٣٤ ج٣ فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما او مثله فلها الاوكس الا ان يرضى الزوج بدفع الارفع فهو لها الا ان ترضى بالاوكس و ان كان اكثر من ارفعهما او مثله فلها الارفع الا ان ترضى بالاوكس الخ.

هو الاعدل، و العدول عنه عند صحة التسمية و قد فسدت لمكان الجهالة، بخلاف الخلع و الاعتاق، لانه لاموجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط و ان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة و الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة و نصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة و اذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية، و لها الوسط منه، و الزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك،

هو الاعدل) أي لان مهر المثل هو الاعدل، لكونه معادلا للبضع، اي مساويا له بخلاف المسمى، لانه يجوز ان يكون مساويا، و يجوز ان لا يكون لان قيمة البضع كالقيمة في البيع، اذ البضع متقوم عند العقد (و العدول) أي عن مهر المثل عند صحة التسمية، يعني انما يجوز العدول عن التسمية عند صحتها، و هاهنا لم تصح (و قد فسدت) أي التسمية قد فسدت (لمكان الجهالة) لانه ادخل فيه كلمة الشك. (بخلاف الخلع و الاعتاق لانه لاموجب له في البدل) حتى لايجب شيء عند ذكر عدم البدل (الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط و إن كان أنقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة) فعملنا برضاهما(١) (و الواجب في الطلاق قبل الدخول) هذا جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الارفع فيما وجب فيه الارفع مهراً، لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى، و قال الكاكي الواجب في الطلاق قبل الدخول الى آخره، جواب قوله - فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع - و تقرير الجواب أن الواجب في الطلاق قبل الدخول (في مثله) اي في مثل هذا العقد الذي فسدت التسمية فيه (المتعة) مرفوع لانه خبر مبتدأ اعني قوله والواجب (و نصف الاوكس يزيد عليها) اي على المتعة (في العادة فوجب) اي نصف الاوكس (لاعترافه) اي لاعتراف الزوج (بالزيادة) على المتعة. فان قيل اذا فسدت التسمية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينبغى أن تجب المتعة كما لو لم يسم شيئاً، قلنا نصف الاوكس بطريق المتعة. فان قيل ينبغى أن يحكم المتعة كما حكم مهر المثل قبل الطلاق، لان المتعة هي الموجب الاصلي في الطلاق قبل الدخول، كما ان مهر المثل هو الموجب الاصلي قبل الطلاق. قلنا انما لم يحكم المتعة، لانها لاتزيد على نصف الاوكس عادة، حتى لو كانت زائدة عليه يحكم المتعة. (و اذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية) صورة المسألة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف، يريد انه لم يقل جيد او وسط او رديئ الى غير ذلك من أوصافه (و لها الوسط منه) أي من الحيوان (و الزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك) اشارة

---

(١) فعملنا برضاهما - و في المخطوطة المصرية فعلمنا رضاهما.

و إن شاء أعطاها قيمته. قال رحمه الله تعالى معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار. أما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لاتجوز التسمية و يجب مهر المثل. و قال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً، لان عنده ما لايصلح ثمناً في البيع لايصلح مسمى اذ كل واحد منهما معاوضة. و لنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لايفسد باصل الجهالة كالدية

الى الحيوان (و إن شاء أعطاها قيمته) أي قيمة الحيوان (قال) أي المصنف (رحمه الله تعالى معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف) يريد المصنف بهذا تفسير قول القدوري، فان المسألة المذكورة من مسائل القدوري قال و ان تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية، قال المصنف معناها انه يسمي جنس الحيوان، و لم يذكر وصفه و يبين ذلك بقوله (بان تزوجها على فرس او حمار) فان التسمية فيه صحيحة (أما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لاتجوز التسمية و يجب مهر المثل) قد تكلم الشراح(١) في هذا الموضع و أطالوا الكلام، و ملخصه أن المصنف سمى الفرس و الحمار جنساً و ليس كذلك، بل هما نوع من الحيوان كما عرف في موضعه، و الجواب عن ذلك أن المصنف اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء(٢) و هو النوع باصطلاح غيرهم، ثم في المسألة الاولى صحت التسمية و يجب الوسط، و في المسألة الثانية لاتصح التسمية للجهالة الفاحشة، و يلزم مهر المثل، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً لان عنده مالايصلح ثمناً في البيع لايصلح مسمى في النكاح)(٣) قاس الشافعي رحمه الله تعالى الحكم في الوجهين المذكور على البيع، لان النكاح عقد معاوضة كالبيع (اذ كل واحد منهما معاوضة) اي لان كل واحد من النكاح و البيع عقد معاوضة (و لنا انه) اي النكاح (معاوضة مال بغير مال) لانه التزم المال ابتداء بغير عوض، و هو معنى قوله (فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لايفسد باصل الجهالة) اي الجهالة المستدركة في الوصف (كالدية) فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة

---

(١) الشراح كالاكمل في العناية ص٢٣٥ ج٣. (٢) مصطلح الفقهاء الخ و في البحر الرائق ص١٧٦ ج٣ و قد فسر في غاية البيان الجنس بالنوع و لاحاجة اليه لان الجنس عند الفقهاء هو المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام كانسان و النوع هو المقول على كثيرين متفقين بالاحكام كرجل و في فتح القدير ص٢٤٠ ج٣ ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف و عند محمد مختلفين بالمقاصد و عند ابي حنيفة هو المقول على متحدى الصورة و المعنى انتهى. (٣) في النكاح لفظة في النكاح ليست في بعض النسخ.

و الاقارير و شرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين و ذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد و الرديء و الوسط، و الوسط ذو حظ منهما، بخلاف جهالة الجنس، لانه لاواسطة(١) لاختلاف معاني الاجناس و بخلاف البيع، لان مبناه على المضايقة و المماكسة

(و الاقارير) اي و كالاقارير و هو جمع اقرار، فانه يلزم فيهما مال من غير ان يكون في مقابلتهما عوض مالي (و شرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم) قال الكاكي هذا جواب سؤال مقدر و هو أن يقال لما شابه عقد النكاح الاقرار في كونه التزام مال ابتداء، و ينبغي أن تصح التسمية فيما اذا سمى الحيوان و لم يبين نوعه كما لو أقر بشيء يصح الاقرار و يلزمه البيان. فقال و شرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم وسطه مبتدأ، و معلوم خبره، و الجملة صفة لقوله مالا و الوسط(٢) بفتح السين و أصله أن يكون اسماً من جهة ان اوسط الشيء افضله و خياره، و قد يأتي صفة كوسط المرعى خير من طرفيه، و وسط الدابة للركوب خير من طرفيها، و هنا أيضا كذلك، لانه اسم لما بين طرفي الشيء، و اما الوسط بالسكون فهو ظرف لا إسم، بمعنى بين يقال جلست وسط القوم أي بينهم (رعاية للجانبين) يعني جانب الزوج و جانب المرأة، كما في الزكاة يراعي ذلك لجانب الغني و الفقير (و ذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد و الرديئ و الوسط ذو حظ منهما) يعني من الجيد و الرديئ، لان الوسط بالنسبة الى الرديئ جيد، و بالنسبة الى الجيد رديئ (بخلاف جهالة الجنس، لانه لا وساطة له لاختلاف معاني الاجناس) جهالة الجنس كالتزويج على دابة أو حيوان، حيث لايمكن ذلك، لانه ليس لها طرفان حتى يكون لها وسطه، و هي معنى قوله لا وساطة له، لان الجنس يشتمل على انواع، و ليس بعض النوع أولى من البعض بالارادة، فصارت الجهالة فاحشة و فسدت به التسمية فوجب مهر المثل. (بخلاف البيع) جواب عن قوله - ما لايصلح ثمنا في البيع لايصلح مسمى في النكاح - و تقريره أن قياس الشافعي رحمه الله تعالى للوجهين المذكورين على البيع غير صحيح (لان مبناه) أي مبنا البيع (على المضايقة) بين المتبايعين، لان كلاً منهما يضيق على الآخر في امور العقد (و المماكسة) فسرها الاكمل(٣) بقوله أي المنازعة، و فسره الاترازي بقوله و المماكسة المجادلة، و في المغرب(٤) المماكسة من المكس في البيع، انتقاص الثمن من باب ضرب، و

(١) لاواسطة ههنا نسخ الاولى هذه و الثانية لا وساطة له و الثالثة لا وسط له. (٢) و الوسط الخ كذا في لسان العرب ص٤٢٨ ج٧ و قد اطال صاحب اللسان البحث عن هذا اللفظ و افاد و اجاد كما هو دابه. (٣) الاكمل في العناية ص٢٣٧ج٣. (٤) المغرب الخ و البسط منه في اللسان.

أما النكاح فمبناه على المسامحة، و انما يتخير لان الوسط لايعرف الا بالقيمة، فصارت أصلا في حق الايفاء، و العبد أصل تسمية فيتخير بينهما

المكس أيضا الجباية و هو فعل الماكس و العشار، و منه لايدخل(١) صاحب مكس الجنة (أما النكاح فمبناه على المسامحة) أي المساهلة فلايفسد بالجهالة ما لم تفحش (و انما يتغير) أي الزوج بين أداء الوسط و بين اداء قيمته (لان الوسط لايعرف الا بالقيمة، فصارت أصلاً في حق الايفاء) و يعتبر قيمة الوسط بقدر الغلاء والرخص عندهما و هو الصحيح، و عليه الفتوى، و انما قدر ابوحنيفة رحمه الله تعالى باربعين ديناراً في السود(٢) و في البيض بخمسين ديناراً بالمشاهدة في زمانه، و هما بنيا الفتوى على الاوقات و الأمكنة كلها، و الامر على ما قالا(٣) اذ القيمة تختلف باختلاف الغلاء و الرخص. (و العبد أصل تسمية) اي من حيث التسمية هذا اذا كان ذكر مطلقاً و لم يضف الى نفسه، أما لو اضافه الى نفسه بان قال تزوجتك على عبدي، فليس له أن يعطي القيمة، لان الاضافة من اسباب التعريف، كالاشارة. و لو كان مشاراً اليه ليس له ان يعطي القيمة هكذا هاهنا، كذا في المحيط وغيره (فيتخير بينهما) اي بين اداء القيمة و بين اداء العبد الوسط، حتى تجبر المرأة على القبول بايهما اتي و قال زفر و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لاتجبر المرأة على القبول، و قال القاضي من الحنابلة تجبر المرأة على قبولها إن سمى عبداً وسطا او جيداً او رديا كقولنا. و في الذخيرة الوسط في زماننا ادون الترك و ارفع الهنود، و في المحيط الوسط في بلادهم السندي، لان الخادم عندهم انواع ثلاثة، رومي و سندي و حبشي، فالاعلى الرومي و الادنى الحبشي و الوسط السندي، و في بلادنا التركي و الصقلي والهندي، فالوسط الصقالبة، و في المبسوط ارفع الخدم التركي، و الادون الهندي، و الوسط السندي، فالوسط اعلى الترك و أعلى الهنود في بلادنا، لان السود لاتوجد عندنا. و في البدائع(٤) لو تزوجها على وصيف أبيض صح، لانه يصح بدون الوصف، فبالوصف أولى، و الجيد عندهم الرومي، و الوسط السندي، و الرديء الهندي، و الجيد عندنا التركي، والوسط الرومي، و الرديء الهندي و قيمة الجيد خمسون ديناراً و الوسط اربعون و الردي ثلاثون، و المعتبر

---

(١) لايدخل الخ اخرجه ابوداود في اول كتاب الخراج و الفيء و الامارة باب في السعاية على الصدقة ص٥٢ ج٢ عن عقبة بن عامر رضي الله عنه مرفوعا. (٢) السود اي العبيد السود و كذا المراد بالبيض العبيد البيض كما في فتح القدير ص٢٣٧ ج٣. (٣) قالا و في البدائع ص٢٨٤ ج٢ بعد بيان اختلاف مسلك ابي حنيفة و الصاحبين و هذا ليس باختلاف في الحقيقة ففي زمن ابي حنيفة كانت القيم مسعرة و في زمانهما تغيرت القيمة فاجاب كل على عرف زمانه الخ. (٤) البدائع ص٢٨٣ ج٢.

و ان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل، و معناه أنه ذكر(١) الثوب و لم يزد عليه و وجهه أن هذه جهالة الجنس لان(٢) الثياب أجناس، و لو سمى جنساً بان قال هروي تصح التسمية و يخير الزوج لما بينا، و كذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية، لانها ليست من ذوات الامثال، و كذا اذا سمى مكيلاً او موزوناً و سمى جنسه دون صفته، و إن سمى جنسه و صفته لايخير، لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً،

فيه القيمة بلاخلاف، و في المغني الوسط من العبيد السندي و المنصوري، و الاعلى التركي و الرومي، و الادنى الزنجي و الحبشي. (و ان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل) اي باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى (و معناه) أي معنى قوله تزوجها على ثوب غير موصوف (ذكر الثوب و لم يزد عليه، و وجهه) أي وجه وجوب مهر المثل (ان هذه جهالة الجنس) أي النوع، و قد ذكرنا ان مراده من الجنس النوع على اصطلاح الفقهاء (اذ الثياب أجناس) أي انواع كالقطن و الكتان و الابريسم و نحوها. (و لو سمى جنساً) أي نوعاً (بان قال هروي تصح التسمية و يخير الزوج) يعني بين القيمة و الوسط (لما بينا) ان الثياب انواع (و كذا) أي و كذا يتخير (اذا بالغ في وصف الثوب) بان ذكر طوله و عرضه و ذرعه و رقته، و ذكر انه على منوال كذا و كذا و صار بحال يجوز السلم فيه (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الزوج يجبر على تسليم الوسط، و هو قول زفر و قال الكاكي قيد ظاهر الرواية لما روى عن ابي يوسف انه قال ان ذكر الاجل مع ذلك لاتجبر المرأة على قبول القيمة، و إن لم يذكر الاجل مع ذلك اجبرت، لان الثياب لاتثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً الا مؤجلا الاترى انه لايجوز استقراضها و يجوز السلم فيها لان القرض لايكون الا حالا و السلم لايكون الا مؤجلا. و وجه الظاهر ما ذكره بقوله (لانها ليست من ذوات الامثال) بدليل ان مستهلكها لايضمن المثل، فصارت كالعبد (و كذا) أي و كذا يتخير الزوج بين الوسط و القيمة (اذا سمى مكيلاً او موزوناً، و سمى جنسه دون صفته) مثل ان تقول تزوجتك على كر حنطة او من زعفران و لم يزد على ذلك، فانه يخير بين الوسط و قيمته. (و ان سمى جنسه) أي نوعه (و صفته لايخير) بل يجبر على الوسط (لان الموصوف منهما) أي من المكيل و الموزون (يثبت) ديناً (في الذمة ثبوتاً صحيحاً) حالاً او مؤجلاً، بدليل جواز استقراضه و السلم فيه، و ان لم يذكر الصفة. فروع(٣) و في المحيط وغيره تزوجها على بيت و هو بدوي يلزمه بيت من شعر او وبر اذ هو نوع من الثياب،

---

(١) انه ذكر – ن – ذكر. (٢) لان – ن – اذ. (٣) فروع راجع لنحوها الفتاوى الهندية ص٣١٠ ج١.

و ان كان حضرياً قال محمد لها بيت وسط اراد به اثاث بيت، و لهذا قال مما يجهز به هنالك، و التجهيز لايكون بالبيت، قال صاحب المحيط و في عرفنا يراد بالبيت الذي يبات فيه من المدر و لايصلح مهراً(١) اذا لم يكون معيناً و في المبسوط المراد بالبيت متاع البيت و هو معروف بالعراق، و هو ما يجهز به تلك المرأة فينصرف الى الوسط. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى قيمته اربعون ديناراً. و في جوامع الفقه هو على مثل متاع بيت وسط في عرفهم، و في عرفنا يجب مهر المثل و إن عين البيت فهو على عينه، بخلاف الدراهم و الدنانير، و في تعيين التبر روايتان، و الفلوس التي تزوج كالدراهم، و الغطارفة كذلك. و في المواضع التي تزوج فيها تتعين و المكيل و الموزون و المعدود باعيانها تتعين، و للزوجة أخذ عينها، و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز النكاح على بيت و خادم، و يجب فيهما الوسط. و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب فيهما مهر المثل. و في مصنف ابن ابي شيبة(٢) قال الحسن و ابن سيرين و النخعي يجوز النكاح على الوصفاء و الوصايف. زوجت نفسها بمهر أمها جاز. و في الذخيرة هو الصحيح، و لو طلقها قبل الدخول بها فلها نصفه، و يجبر اذا علم مقدار مهر امها. و في جوامع الفقه لو تزوجها على مثل مهر فلانة يجب مهر المثل، و كذا اذا تزوجها على مثل هذا الزنبيل(٣) حنطة او قيمة هذا العبد، او قيمة عبد، او على سكنى دار موقوفة او على أن يخدمها ما عاش او برد آبقها، او على دراهم او ناقة من هذه الابل او على ثوب قيمته عشرة، او قال بجميع ما أملكه يجب في ذلك مهر المثل. و في المرغيناني هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى يعطيها ناقة من إبله، تزوجها على غنم بعينها على ان اصوافها له كان له الصوف استحساناً و لو تزوجها على جارية حبلى على أن ما في بطنها له فلها الجارية دون ولدها، قال و على حكم فلان. فحكم باقل من مهر المثل فلابد من رضا ها و باكثر فلابد من رضاه و في المغنى(٤) لو تزوجها على حكمها او حكمه او حكم اجنبي لايصح، و هو قول الشافعي و قال

(١) و لايصلح مهرا فيجب فيه مهر المثل كذا في الفتاوى الهندية. (٢) ابن ابي شيبة عنوان ما قالوا في الرجل يتزوج على الوصفاء ص٤١٠ ج٢/٤ و لفظه عن الحسن و ابن سيرين انهما كانا يريان باسا ان يتزوج الرجل على كذا و كذا وصيفا و عن ابراهيم قال لاباس ان يتزوج الرجل على بنت و خادم و على الوصفاء و الوصائف و في النهاية لابن الاثير الوصيف العبد و الامة وصيفة و جمعهما وصفاء (على وزن شهداء) و وصائف و في اللسان وصيف و وصفاء و وصيفة و وصائف و في المنجد و مصباح اللغات الوصيف ج وصفاء م وصيفة ج وصائف.
(٣) هذا الزنبيل الخ كذا في الفتاوى الهندية ص٣١٠ ج١. (٤) المغنى ص١٩ ج٨.

مالك يجوز، فان وقع الرضا بالحكم فيه و الا فسخ، و لاشيء لها فان فرض لها مهر المثل لزمها النكاح، و قال ابن حزم في المحلى يفسد النكاح فيه، و لو تزوج امرأة على مؤجل لايصح التأجيل، و يؤمر الزوج بتعجيل ما تعارف أهل بلده بتعجيله، و يؤخذ الباقي بعد الطلاق او الموت، و لايجبر على تسليم الباقي و لايحبس عليه. و في قنية المنية هو عادة خوارزم، فان طلقها رجعياً لايصير المهر حالاً حتى تنقضي العدة و به قال عامة المشايخ و قال القاضي البديع يصير حالاً، و لو قال بعضه معجل(٢) و بعضه مؤجل و لم يزد يجوز، و يحل بالموت او بالطلاق، و قيل يجب حالاً و هو أقرب الى الحق، و في الذخيرة و الصحيح الصحة للعرف و الغاية معلومة في نفسها و هو الطلاق او الموت. و في البدائع(٣) اذا ذكر اجلاً كالميسرة و هبوب الريح و مجيء المطر، و قال تزوجتك على الف مؤجلة فهي حالة، لان الاجل لم يثبت للجهالة الفاحشة، و إن تزوجها على ان ينقدها ماتيسر له، و البقية الى سنة كان الالف كله الى سنة، الا ان تقيم المرأة بينة على انه تيسر له منها شيء فتأخذه. و في المغنى و بمهر معجل و مؤجل و ان لم يذكر اجله فقال القاضي المهر صحيح و محله الفرقة. و قال ابن حنبل رحمه الله تعالى لايحل الاجل الا بموت او فرقة، و هو قول الشعبي و النخعي و قال الحسن و حماد و الثوري و ابوعبيد يكون حالاً، و قال اياس بن معاوية و قتادة لايحل حتى يطلق او يخرج من مهرها او يتزوج عليها. و عن مكحول و الاوزاعي و العنبري يحل الى سنة بعد دخوله، و قال الشافعي لها مهر المثل، و اختاره ابوالخطاب من الحنابلة. و قال مالك رحمه الله تعالى ان كان عرفهم ان لايؤخذ الا عند الموت والطلاق فانه ينظر الى مهر مثل تلك المرأة فيعطي مثله ان دخل بها، و ان لم يدخل بها يعجل المهر و الا يفسخ. ذكره ابن المنذر عنه في الاشراف، و ان تزوجها على الف الى هبوب الريح او مجيء المطر فيجب حالا لجهالة الاجل و ان تزوجها الى الحصاد او الى الدياس او النيروز او المهرجان قال الاسبيجابي لارواية في هذه المسألة في الكتب الظاهرة. و قال السرخسي الصحيح صحة التاجيل الى هذه الاشياء في الصداق كالكفالة، و في المرغيناني يجوز التزويج الى الحصاد و الدياس في الصحيح، و من المشايخ من قال لايثبت الاجل في الصداق الى هذه الآجال، و فرق بين الصداق و الكفالة بان ما هو المعقود عليه و هو المرأة لايحتمل الجهالة فكذا

---

(١) بعضه معجل الخ راجع الفتاوى الهندية الفصل الحادي عشر ... و التاجيل في المهر ص٣١٨ ج١ و البدائع ص٢٨٨ ج٢. (٢) البدائع ص٢٨٨ ج٢. (٣) المغنى ص٢١ ج٨ و لفظه و يجوز ان يكون الصداق معجلا و مؤجلا الخ.

فان(١) تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز، و لها مهر مثلها. لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح و يلغو الشرط بخلاف البيع، لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل، فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا

الاجل بخلاف الكفالة، قال و الاول اصح. قال تزوجتك بمهر جائز في الشرع ينصرف الى مهر المثل، هكذا في فتاوى ابي الليث و قاضي خان. و قال صاحب المحيط ينصرف الى عشرة دراهم، و لو تزوجها على اكثر من مهر مثلها على انها بكر فاذا هي ثيب لايجب الزيادة و لو تزوجها على حجة او على ان يحجها فلها قيمة حج وسط و هو الحج على الراحلة، و عند مالك يجب مهر المثل، الا ان تكون معه. و قال الشافعي و احمد التسمية فاسدة لان الحملان مجهول قلنا هذا باطل للاجماع على جواز الاستئجار، و ورودهم الى مكة من جميع بلاد الاسلام و في القنية يجوز الزيادة في المهر بغير شهود و لاتصح من غير قبول. (فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز و لها مهر مثلها) هذه من مسائل القدوري و في الجواهر للمالكية يفسخ النكاح قبل الدخول و بعده يثبت على المشهور، و هل فسخه على الاستحباب او الوجوب، فيه قولان. و عند الشافعي(٢) رحمه الله تعالى يجب مهر المثل، و في قول قيمته. و قال ابوعبيد يفسد النكاح في ذلك كله، و اختاره ابوبكر بن عبدالعزيز من الحنابلة، و هو قول الظاهرية، و مثله التزوج على الميتة و الدم و بقولنا قال الاوزاعي و الثوري و آخرون. أما الجواز فهو (لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح و يلغو الشرط) و فساد التسمية ليس باكثر من عدمها، و ذلك لايفسد النكاح فكذا هذا (بخلاف البيع) حيث لايصح بالخمر و الخنزير (لانه يبطل بالشروط الفاسدة) و النكاح لايفسد، و لهذا لو سكت عن ذكر الثمن في البيع يبطل، و النكاح لايبطل بالسكوت عن ذكر المهر حيث يصح و يجب مهر المثل، فافترقا. (لكن لم تصح التسمية) لان شرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالاً و الخمر و الخنزير ليسا بمال متقوم، و هو معنى قوله (لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل) و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قوله القديم و احمد يجب في الخمر مهر المثل، و في الخنزير القيمة، و قيل قول المصنف في الخمر ليس بمال فيه نظر، فان الاصحاب قالوا فيها انها مال غير متقوم في حق المسلم، لان المال مايقع فيه الشح و الضنة، و الخمر بهذه المثابة. (فان تزوج امرأة على هذا الدن(٣) من الخل فاذا

---

(١) فان – ن – و ان. (٢) و عند الشافعي رحمه الله راجع تكملة شرح المهذب ص٣٣٢ ج١٦ و المغنى ص٢٢ ج٨ مع الشرح الكبير ص٢٥ ج٨. (٣) على هذا الدن من الخل الخ و في العناية ص٢٣٨ ج٣ و حاصل =>

هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لها مثل وزنه خلاً، و ان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى تجب القيمة لابي يوسف رحمه الله تعالى انه اطمعها مالاً و عجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا

هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لها مثل وزنه خلا) و به قال احمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و في قول آخر كقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و ان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر) أي ظهر انه حر (يجب مهر مثلها عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله و قال ابويوسف رحمه الله تجب القيمة) و قول ابي يوسف اولاً في مسألة الحر مثل قولهما، كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي و شمس الائمة السرخسي في شرحه، و كذلك لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف في الحر. و في جوامع الفقه اذا تزوجها على هذا الدن من الخل او على هذه الذكية، فاذا هو خمر او ميتة يجب مهر المثل فيهما عند ابي حنيفة، و عندهما يجب فيه خل او ذكية او قيمتهما و لم يذكر القيمة غيره. و في العبد اذا ظهر حراً يجب مهر المثل عندهما، و عند ابي يوسف رحمه الله قيمته اذا لم يعلما بكونه حراً، و ان علما يجب مهر المثل اتفاقاً. و ان قال على هذا الثوب الهروي فاذا هو مروي فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجب ثوب هروي و لم يذكر قول ابي يوسف رحمه الله و لو قال على هذا القفيز من الحنطة فاذا هي شعير و على هذا الخل، فاذا هو زيت يجب المسمى بقدره عند ابي حنيفة رحمه الله تعالي و عن محمد رحمه الله يجب الشعير قال و الظاهر انه يجب عنده مهرالمثل، و لو قال على هذا الفرق من السمن، و ليس فيه شيء يجب لها ملؤ ذلك من السمن. و لو قال على ما في هذا الزق من السمن يجب مهر المثل. (لابي يوسف رحمه الله تعالى انه) أي ان الزوج (أطمعه) يقال اطمعه(١) الشيء يطمع حيث سمى لها (مالاً و عجز عن تسليمه فيجب عليه قيمته) في العبد (او مثله ان كان من ذوات الامثال) فالخل من ذوات الامثال (كما اذا

=>اختلافهم ان محمدا مع ابي يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل و مع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة في الفصول كلها و التسمية عند ابي يوسف في الفصول كلها و الاشارة في الجنس الواحد و التسمية في الجنسين عند محمد و المصنف قدم دليل ابي يوسف و هو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة و قال فيه لكونها يعني الاشارة ابلغ في المقصود و هو التعريف (الى) و اخر دليل محمد و كانه اشار الى اختيار مذهبه و دليله موقوف على تقديم مقدمتين احداهما الخ. (١) اطمعه الخ و في المنجد اطمعه أوقعه في الطمع و طمعه (من باب التفعيل) حمله =>

هلك العبد المسمى قبل التسليم وابوحنيفة رحمه الله تعالى يقول اجتمعت الاشارة و التسمية فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ في المقصود و هو التعريف فكأنه تزوج على خمر أو حر. و محمد رحمه الله تعالى يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه، لان المسمى موجود في المشار(١) ذاتاً و الوصف يتبعه، و ان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى، لان المسمى مثل للمشار اليه و ليس بتابع له و التسمية أبلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى أن من اشترى فصاً على انه ياقوت فاذا هو زجاج لاينعقد العقد لاختلاف الجنس. و لو اشترى على أنه ياقوت احمر فاذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس

هلك العبد المسمى) في العقد بان تزوجها عليه فهلك (قبل التسليم) أي قبل تسليمه اليها فانه يجب فيه قيمة العبد الهالك اتفاقاً. (و ابوحنيفة رحمه الله يقول اجتمعت الاشارة) و هي قوله هذا (و التسمية) و هي قوله العبد (فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ في المقصود و هو التعريف) لكونها قاطعة للشركة، لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء و يحصل بها كمال التمييز، لان الاشارة الى شيء و ارادة غيره ممتنعة، و اما التسمية فمن باب استعمال اللفظ و يجوز اطلاق اللفظ و ارادة غير ما وضع له (فكانه تزوج على خمر او حر) أي فكان الرجل تزوجها على خمر في تزوجه على هذا الدن من الخل او تزوجها على حر في تزوجه على هذا العبد فالواجب فيهما مهر المثل بلاخلاف. (و محمد رحمه الله تعالى بقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه، لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا) أي من حيث الذات (و الوصف يتبعه) أي يتبع الذات لانه قائم بالذات و عدمه لايستلزم انعدام الذات. (و إن كان) أي المسمى (من خلاف جنسه) أي جنس المشار اليه (يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه) من حيث التعريف (و ليس بتابع له) أي للمشار اليه (و التسمية أبلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية) و هي الحقيقة من حيث هي (و الاشارة تعرف الذات) من غير دلالة على حقيقته ثم اوضح ذلك (ألا ترى أن من اشترى فصاً على انه ياقوت فاذا هو زجاج لاينعقد العقد لاختلاف الجنس) فيتعلق العقد بالمسمى و هو معدوم، و بيع المعدوم باطل. (و لو اشترى على إنه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاد الجنس) لان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد به و هو موجود فيصح اذا عرفنا هذا، قال محمد الحر مع العبد جنس واحد لاشتراكهما في الصورة و

=> على الطمع. (١) المشار - ن - المشار اليه.

و في مسألتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع و الخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى، لانه

المعنى و المنافع، الا انهما مختلفان في المالية فيقل الاختلاف، و يغلب الاتحاد و الاتفاق فيتحد الجنس، و كان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه و انه لايصلح مهراً لعدم كونه مالاً فتفسد التسمية فيصار الى مهر المثل، أما الخمر مع الخل فجنسان مختلفان لانهما لايتحدان الا في الصورة و يختلفان في الاسم و المعاني فيقل الاتحاد و يغلب الاختلاف، فكانا جنسين مختلفين فيتعلق العقد بالمسمى و هو الدن من الخل، و ابوحنيفة رحمه اللّه تعالى يقول ان الخمرية و الخلية و الرقية و الحرية صفات تتعاقب على الذات الواحد فلايختلف به الجنس كالصبا و الشباب و الشيخوخة و الصغر و الكبر، فكان المشار من جنس المسمى في الفصلين جميعا. (و في مسألتنا) اراد به قوله - واذا تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر - (العبد مع الحر جنس واحد) بدليل ان الحر الصغير يصير عبداً و العبد حراً، و منافعهما متقاربة، أشار اليه بقوله (لقلة التفاوت في المنافع) يظهر ذلك في جواز البيع و عدمه (و الخمر مع الخل) في المسألة المذكورة، و هي ما اذا تزوجها على الدن من الخل، فاذا هو خمر (جنسان لفحش التفاوت في المقاصد) فاذا احدهما لايسد مسد الآخر، و مايصلح له الخل لايصلح له الخمر، و الخل بعد استحكامه لاينقلب خمراً، بخلاف هذا قال في المبسوط ابوحنيفة يقول الخمر مع الخل جنس واحد، فان الاصل واحد و هو العصير و الهيئة واحدة و هذه اوصاف تعرض على العين فلاتوجب تبدل الجنس كالصغر و الكبر في الآدمي. فان قلت يرد عليه مسألة الجامع، و هو اذا حلف لايذوق هذه الخمرة فصارت خلا فذاقه لايحنث، فلو لم يتبدل الجنس لحنث، اذ الوصف في الحاضر لغو و الحاقه بالآدمي في الصغر و الكبر بعيد قلت يمكن أن يجاب بان الخل و الخمر جنسان في العرف، و معنى الايمان عليه و ان كان جنساً واحداً في الحقيقة. و في المحيط العبد و الحر عند ابي يوسف جنسان و عندهما جنس واحد و كذا الخل و الخمر عند ابي حنيفة و لو تزوجها على هذا العصير فتخمر قبل قبضه، عن ابي يوسف لها مثله، و لم يذكر قولهما، فان تزوجها على هذين العبدين هذه المسألة مبنية على الاصل المذكور، و الخلاف فيها كالخلاف فيما ذكر هناك، فلذالك ذكرها بالفاء فقال (فان تزوجها) أي تزوج رجل امرأة (على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي) أي ليس لها الا العبد الباقي (اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى لانه) أي

مسمى، و وجوب المسمى و ان قل يمنع وجوب مهر المثل. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لها العبد و قيمة الحر لو كان عبداً لانه اطمعها سلامة العبدين و عجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته. و قال محمد رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها العبد الباقي الى تمام(١) مهر مثلهاان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده، فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد الى تمام(٢) مهر المثل

لان الباقي هو (مسمى و وجوب المسمى و إن قل يمنع وجوب مهر المثل) لان المسمى و مهر المثل لايجتمعان، بيان هذا(٣) ان اباحنيفة يعتبر الاشارة، و الاشارة الى الحر تخرجه عن العقد، فكان تسمية العبد الثاني لغواً، فكانه تزوجها على عبد و ليس لها الا ذلك، و لايجب مهر المثل، لانهما لايجتمعان، ثم العبد الباقي لو كان يساوي مهر المثل ليس لها الا ذلك و الا يكمل مهر المثل مع العبد الباقي. فان قلت(٤) قال المصنف قبل هذا(٥) لو تزوجها على الف ان اقام بها الى أن قال ان اخرجها فلها مهر المثل فهذا يدل على أن ذكر المسمى لايمنع وجوب مهر المثل. قلت أجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها، فكمل لها مهر المثل، و اما الحر فلم يستحق أصلا فافهم. (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لها العبد) أي العبد الباقي (و قيمة الحر لو كان عبداً، لانه أطمعها سلامة العبدين و عجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته) و به قال احمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول، و كذا لو ظهر احدهما مغصوباً، و عند الشافعي في الاظهر يبطل في الحر و المغصوب و يصح في المملوك و يتخير فان فسخ فمهر المثل. (و قال محمد رحمه الله و هو رواية ابي حنيفة رحمه الله) رواها ابن سماعة عن ابي حنيفة (لها العبد الباقي، و تمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد، لانهما) أي لان العبدين (لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده) أي عند محمد رحمه الله تعالى، و إنما قيد بقوله عند محمد احترازاً عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى و لو ظهر عبد الصداق حرا يجب قيمته لو كان عبداً فكذا اذا ظهر العبدان حرين يجب قيمتهما أيضاً، و كذا في احد العبدين اذا ظهر حراً (فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد و تمام مهر المثل) أى اذا كان احد العبدين الذين تزوجها عليهما ظهر احدهما عبداً و الآخر حرا يجب العبد و تمام مهر المثل إن كان اكثر من قيمة العبد.

---

(١) الى تمام - ن - و تمام. (٢) الى تمام - ن - و تمام. (٣) بيان هذا كذا في العناية. (٤) فان قلت الخ كذا في العناية ص٢٤١ ج٣. (٥) قبل هذا - اي قبل عدة اوراق على ص١٩٤ ج٦.

و اذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلامهر لها لان المهر فيه لايجب بمجرد العقد لفساده، و انما يجب باستيفاء منافع البضع. و كذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لايثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطئ، فان دخل بها فلها مهر مثلها

(و اذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) مثل النكاح بغير شهود، و نكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن، و نكاح الخامسة في عدة الرابعة، و نكاح الامة على الحرة (قبل الدخول) قيد قبل الدخول باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و كذا بعد الخلوة لان بعد الدخول لها مهر المثل على ما يأتي عن قريب (فلا مهر لها) عند اهل العلم قاطبة، و عند احمد بن حنبل رحمه الله تعالى يجب كالصحيح، و لا اصل له لان التمكين من الوطئ حرام فلايقام مقام الوطئ و اقام اللمس و القبلة عن غير خلوة مقام الوطئ، و اوجب بذلك كمال المهر ذكره في المغنى(١). و قال الاترازي رحمه الله تعالى انما يجب التفريق على القاضي لئلا يلزم ارتكاب المحظور اغترارا بصورة العقد، فاذا فرق بينهما قبل الدخول فلامهر و لا عدة، لان النكاح الفاسد لاحكم له قبل الدخول، و كذا اذا فرق بعد الخلوة الصحيحة، لان الخلوة الصحيحة في النكاح انما قامت مقام الوطئ للتمكن من الوطئ، و هنا لاتمكن من الوطئ لكون العقد فاسدا واجب الرفع، و لايقال ينبغي ان يجب نصف المهر لقوله تعالى و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم لانا نقول ذلك في التطليق بعد النكاح من كل وجه، لان المطلق ينصرف الى الكامل و لم يوجد النكاح من كل وجه، انتهى. قلت قال الاترازي و انما يجب التفريق على القاضي فمن اين الوجوب عليه و قد قالوا لايتوقف التفريق بينهما على تفريق القاضي، بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه قبل الدخول و بعده بمحضر منه كذا في الذخيرة. قلت يمكن ان يكون الوجوب على القاضي عند ترافع الزوجين اليه (لان المهر فيه) أي في النكاح الفاسد (لايجب بمجرد العقد لفساده) أى لفساد العقد (و انما يجب) أي المهر (باستيفاء) أي بسبب استيفاء (منافع البضع و كذا بعد الخلوة) اي و كذا لايجب المهر في النكاح الفاسد اذا وجد التفريق بعد الخلوة الصحيحة ايضا (لان الخلوة فيه) اي في النكاح الفاسد (لايثبت بها التمكن) من الوطئ (فلايقام مقام الوطئ) فصار كخلوة الحائض، و هذا معنى قول المشايخ الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح. (فان دخل بها) اي بالمرأة التي تزوجها بنكاح فاسد (فلها مهر مثلها) لان الوطئ في المحل المعصوم سبب للضمان الجائر او الحد الزاجر، و تعذر الثاني بشبهة النكاح فيه فتعين الاول و

---

(١) المغنى ص٣٤٤ ج٧.

لايزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو يعتبر(١) بالبيع الفاسد، و لنا أن المستوفى ليس بمال، و انما يتقوم بالتسمية، فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية و ان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم(٢) التسمية.

لقوله عليه الصلوة و السلام ايما امرأة(٣) نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل، فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، بين عليه الصلوة و السلام ان المهر مستحق في النكاح الباطل بالدخول لابالعقد و الخلوة (لايزاد) اي مهر مثلها (على المسمى) أي على الذي سمى عند العقد (عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) فانه يقول يجب مهر المثل بالغا ما بلغ و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (هو يعتبره بالبيع الفاسد) اي يعتبر مهر المثل بالبيع الفاسد اي يقيسه عليه حيث يجب القيمة في البيع الفاسد بالغة ما بلغت، و إن زادت على الثمن فكذلك مهر المثل. (و لنا ان المستوفي ليس بمال) المستوفى هو البضع و ليس بمال لانه ليس بمتقوم في نفسه (و انما يتقوم بالتسمية) عند العقد فيجب تقدير القيمة، و هي مهر المثل بقدر التسمية (فان زادت) أي التسمية (على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية) اي في حق الزيادة فان قيل يرد على قوله - و انما يتقوم بالتسمية - مسألة المفوضة، فان مهر المثل يجب فيها و يتقوم منافع البضع. قلنا المراد انها تتقوم زائدة على مهر المثل بالتسمية في العقد، فهذا العقد يمنع التغصى عن مسألة المفوضة، لان التسمية في النكاح الفاسد معدوم حكما لانه وجد في ضمن النكاح الفاسد فاذا كان معدوماً حكماً لم يعتبر الزيادة على الموجب الاصلي و هو مهر المثل، كما في البيع الفاسد اذا كان الثمن زائدا على القيمة فلايجب الزائد بل تجب القيمة، و اما اذا كانت التسمية أقل من مهر المثل يجب المسمى و لايجب الزائد لوجود الرضى من المرأة بذلك. (و إن نقصت) أي التسمية عن مقدار مهر المثل (لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى، قال الاكمل(٤) فان قلت هل هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت عنه و هي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم، و إن كانت صحيحة يجب شمول الوجود. قلت هي صحيحة من وجه دون وجه، صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم، لان فرض المسألة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في

---

(١) يعتبر - ن - يعتبره. (٢) لعدم - ن - لانعدام. (٣) ايما امرأة الخ اخرجه ابوداود عن عائشة رضي الله عنها في باب في الولي ص٢٩١ ج١ و الترمذي باب ماجاء لا نكاح الا بولي ص١٣٠ ج١ واللفظ له و قال الترمذي حديث حسن و التفصيل في نصب الراية ص١٨٤ ج٣ و قد مر بيانه في البناية باب الاولياء و الاكفاء ص..... ج٦. (٤) الاكمل في العناية ص٢٤٣ ج٣ و قال في آخره و هذا الحل من خواص هذا الشرح.

بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه، فيتقدر بدله بقيمته و عليها العدة الحاقاً للشبه بالحقيقة في موضع الاحتياط، و تحرزاً عن اشتباه النسب، و يعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح، لانها تجب باعتبار شبهة النكاح و رفعها بالتفريق و يثبت نسب ولدها، لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه، و تعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله تعالى و عليه الفتوى، لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه

عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت و صحتها اذا نقصت لانضمام رضاها اليها. (بخلاف البيع) هذا جواب عن قياس زفر رحمه الله تعالى بيانه ان قياسه على البيع غير صحيح (لانه) اي لان المقبوض في البيع الفاسد (مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته) اي بقدر قيمته بالغة ما بلغت (و عليها) اي المرأة المذكورة التي دخل بها في النكاح الفاسد (العدة الحاقاً للشبهة) اي لشبهة النكاح (بالحقيقة) اي بحقيقة النكاح (في موضع الاحتياط) لان النسب امر يحتاط في اثباته احياء للولد فتجب العدة حفظاً (و تحرزا(١) عن اشتباه النسب) عند اختلاطه، و النسب مما يحتاط فيه. (و يعتبر ابتداؤها) اي ابتداء العدة (من وقت التفريق) اي وقت تفريق القاضي او العزم على ترك الوطئ (لا من آخر الوطئات هو الصحيح) احترز به عما حكى عن ابي القاسم الصغار انه يعتبر من آخر الوطئات و هو قول زفر، و لهذا قال الاكمل. قوله - و هو الصحيح - احتراز عن قول زفر، و كذا قاله الاترازي حتى لو حاضت في آخر الوطئات ثلاث حيض قبل التفريق فقد انقضت عدتها، ذكره في المبسوط (لانها) اي لان العدة (تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب و القبول (و رفعها) اي رفع شبهة النكاح (بالتفريق و يثبت نسب ولدها) منه، (لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد) لان الولد الذي ليس له اب معروف كالميت، لانه ليس له من يربيه و يطعمه و يسقيه (فيترتب) أي ثبوت النسب (على الثابت من وجه) و هو النكاح الفاسد (و تعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله تعالى و عليه الفتوى) يعني تعتبر مدة النسب و هو ستة اشهر من وقت دخول الرجل عليها و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى من وقت النكاح و هو بعيد اشار اليه بقوله (لان النكاح(٢) الفاسد ليس بداع اليه) اى الى الوطئ، و لهذا لاتثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد

---

(١) و تحرزا الخ تفسير الاحتياط بطريق العطف - العناية. (٢) لان النكاح الخ قال الاكمل و في تعليله هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى.

و الاقامة باعتباره. قال و مهر مثلها يعتبر باخواتها و عماتها و بنات أعمامها، لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لاوكس فيه و لا شطط و هن أقارب الاب.

حتى يكون فيه مس او تقبيل و عليه الفتوى أي على قول محمد رحمه الله تعالى و به قال ابوالليث (و الاقامة باعتباره) يعني ان اقامة العقد مقام الوطئ في النكاح الصحيح باعتبار ان العقد داع الى الوطئ و النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطئ لكونه حراماً واجب الرفع فلايقام العقد مقام الوطئ و لاتعتبر المدة من حين العقد. (قال) اي قال القدوري رحمه الله تعالى (و مهر مثلها) أي مهر مثل المرأة (يعتبر باخواتها و عماتها و بنات اعمامها) المراد باخواتها لابيها و أمها أو لأبيها، و كذا عماتها هن أخوات أبيها لابيه و أمه او لابيه. و به قال الشافعي و احمد و عامة اهل العلم و في المبسوط و يعتبر بعشيرتها من جهة أبيها كاخواتها لابيها و امها او لابيها و عماتها و بنات اعمامها، و مثله في المحيط، و قال و عماتها و بناتهن و هو محمول على ما اذا كان ابوهن من قبيلتها. (لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مثل مهر نسائها و هن اقارب الاب) هذا الحديث اخرجه الاربعة(١) في سننهم عن سفيان عن منصور عن ابراهيم عن علقمة، و اللفظ للترمذي قال سئل ابن مسعود عن رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقاً و لم يدخل بها

---

(١) الاربعة، الترمذي باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل ان يفرض لها ص١٣٦ ج١ و قال حديث حسن صحيح و ابوداود باب من تزوج و لم يسم صداقا حتى مات ص٢٩٥ ج١ و النسائى اباحة التزويج بغير صداق ص٨٨ ج٢ و ابن ماجة باب الرجل يتزوج و لايفرض لها ص١٣٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٠١ ج٣ و نبذ منه في فتح القدير تحت قول المصنف و ان تزوجها و لم يسم لها مهرا ص٢١١ ج٣ و البناية ص...... ج٦ قوله و هن اقارب الاب قال ابن الهمام في الفتح ص٢٤٦ ج٣ ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس ابيه و لذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا و على هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله و لان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن اقارب الاب ظاهرا و هذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا انه حينئذ لايكون الدليل مستلزما للمطلوب لان مجرد اضافة النساء اليها لايستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها و اخواتها نسائها يصح ان يقال لخالاتها ايضا و اخواتها لامها فانما يرجح جهة ارادة الاب المقدمة المذكورة انتهى و هكذا في حاشية الهداية لمولانا عبدالحى رحمه الله تعالى من فتح القدير ثم نقل مولانا عبدالحى من عبدالغفور و هن اقارب الاب و هذا تفسير من ابن مسعود رضي الله عنه فكانه فهم من الاجماع او من النبي صلى الله عليه وسلم ان لها مهر مثل نسائها و ذالك مجمل اراد تفسيره ففسره بذالك و كان ذالك التفسير لعلمه من العرب انتهى. و في الكفاية ص٢٤٦ ج٣ قوله و هن اقارب الاب من تتمة قول ابن مسعود رضي الله عنه كذا في فوائد حميد الدين رحمه الله تعالى.

حتى مات، فقال ابن مسعود لها مثل صداق نسائها و لا وكس و لا شطط، و عليها العدة و لهما الميراث، فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله صلي الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت، ففرح بها ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و قال الترمذي حديث حسن صحيح و قال شيخنا زين الدين اختلف الائمة في تصحيح هذا الحديث و تعليله فقال الشافعي رحمه الله تعالى فيما رواه عنه البيهقي في السنن(١) و المعرفة و لم أحفظه من وجه يثبت مثله، قال و هو مرة يقال عن معقل بن يسار، و مرة عن معقل بن سنان، و مرة عن بعض اشجع لايسمى فاعله بالاضطراب في تسمية رواته، انتهى. قلت قد صححه اكثر اهل ا لحديث الترمذي و ابن حبان و أبوعبدالله بن الاخرم النيسابوري و ابوعبدالله الحاكم والبيهقي، و قال البيهقي(٢) هذا الاختلاف في تسمية من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي صلى الله عليه وسلم لايوهن الحديث، فان اسانيد هذه الروايات صحيحة و في بعضها ان جماعة من أشجع شهدوا بذلك، فبعضهم يسمى هذا و بعضهم يسمى آخر و كلهم ثقة، و لولا ثقة من رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لما كان عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه يفرح بروايته، و حكى الحاكم في المستدرك عن شيخه عبدالله بن محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال لو حضرت الشافعي لقمت على رؤوس أصحابه، و قلت قد صح الحديث فقل به. و قال الترمذي(٣) روى عن الشافعي رحمه الله تعالى انه رجع بعد عن هذا القول و قال بحديث بروع بنت واشق، و قال الترمذي و العمل على هذا عند بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، و به يقول الثوري و احمد و اسحاق، و قال بعض اهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم علي بن ابي طالب و زيد بن ثابت و ابن عباس و ابن عمر رضي الله عنهم اذا تزوج الرجل امرأة و لم يدخل بها و لم يفرض لها صداقاً، قالوا لها الميراث و لا صداق لها و عليها العدة، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى. قلت و معقل(٤) بفتح الميم و سكون العين المهملة و كسر القاف بن سنان الاشجعي، و ليس له في الكتب الا هذا الحديث، شهد الفتح و كان حامل لواء قومه، و نزل الكوفة و قدم المدينة فقتل بها يوم الحرة صبراً، فقيل قتله مسلم بن عقبة الذي يقال

(١) السنن باب احد الزوجين يموت و لم يفرض لها صداقا الخ ص٢٤٤ ج٧. (٢) و قال البيهقي في السنن ص٢٤٦ ج٧. (٣) قال الترمذي في جامعه ص١٣٦ ج١ و راجع لهذا المبحث نصب الراية ص٢٠٢ ج٣ و الجوهر النقي على البيهقي ص٢٤٦ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص٣٧٤ ج١٦. (٤) معقل الخ راجع الاصابة ص٤٤٦ ج٣ و بذل المجهود طبع بيروت ص١٤٣ ج١٠.

و لان الانسان من جنس قوم أبيه و قيمة الشئ انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه و لايعتبر بامها و خالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا، فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه، فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم أبيها، و يعتبر في مهر المثل

له بشر بن عقبة، و قيل قتله مساحق بن نوفل و له قصة ذكرناها في التاريخ الكبير. و بروع المشهور فيها عند اهل الحديث كسر الباء الموحدة و سكون الراء، ثم واو مفتوحة ثم عين مهملة، قال الجوهري(١) أهل الحديث يقولون بكسر الباء، و الصواب بالفتح، لانه ليس في الكلام فعول الا خروع نبت معروف و عتود اسم واد، و هكذا قال صاحب المحكم(٢) و واشق بالشين المعجمة و هي اشجعية و ذكرها ابن حبان في الصحابة. قوله - لا وكس و لا شطط - أي لانقصان و لازيادة، و الوكس بفتح الواو و سكون الكاف و بالسين المهملة هو النقصان، و الشطط بفتح الشين المعجمة و الطاء المهملة، و تكرارها الجور و الزيادة و هن اقارب الاب أي و نساؤها أقارب الاب (و لان الانسان من جنس قوم ابيه) لا من جنس قوم أمه، الا ترى ان الام قد تكون أمة و الابنة قرشية تبعاً لابيها، و مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف (و قيمة الشئ انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه) أي جنس ذلك الشيء و لا يعرف بالنظر في قيمة غير جنسه (و لايعتبر بامها و خالتها اذا لم تكونا من قبيلتها) بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها و خالتها تكون من قبيلتها و في الينابيع و لايعتبر بامها و خالتها اذا لم تكونا من قبيلتها يريد بها من قبيلة أبيها، و ذلك مثل ان يتزوج رجل ابنة عمه فتلد له بنتاً فزوجها من رجل و لايسمى لها مهراً فيدخل بها زوجها ثم يطلقها او يموت عنها قبل الدخول او بعده، او يطلقها بعد الخلوة الصحيحة و أمها من جنسها و جمالها فانه يحكم لها بمهر مثل أمها و هي بنت عم أبيها او بمهر أخت أمها و هي خالتها بنت عم أبيها. و قال ابن أبي ليلى يعتبر بأمها و خالتها و نسائها من قبل امها (لما بينا) اشارة الى قوله و قيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه. (فان كانت الام من قوم أبيها بان كانت بنت عمه، فحينئذ يعتبر بمهرها، لما انها من قوم ابيها) لان الانسان من جنس ابيه، و لهذا كان اكثر من تولى من خلفاء بني العباس من الاماء و لم يخرجوا بذلك من أن يكونوا بني هاشم، و الهاشمية إن ولدت من نبطي كان ولدها نبطياً. (و يعتبر في مهر المثل

---

(١) الجوهري ص١١٨٤ ج٣ ليس في كلام العرب فعول اي بكسر الفاء و سكون العين. (٢) صاحب المحكم و كذا في القاموس و في بذل المجهود ص١٣٩ ج١٠ في بروع قال في القاموس و بروع كجردل و لايكسر و قال في حاشية قوله و لايكسر و قد جزم اكثر المحققين بصحة الكسر لوروده هكذا سماعا و في الغاية هو بالكسر و الفتح و الكسر اشهر انتهى.

أن تتساوى المرأتان في السن و الجمال و المال و العقل و الدين و البلد و العصر، لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف و كذا يختلف باختلاف الدار، و العصر قالوا و يعتبر التساوى أيضا في البكارة، لانه يختلف بالبكارة و الثيوبة. و اذا ضمن الولي المهر صح ضمانه

أن تتساوي المرأتان في السن و الجمال و المال و العقل و الدين و البلد و العصر) و هي ثمانية اشياء(١) و في النتف تعتبر المماثلة في خمس عشرة خصلة، الجمال و الحسب و المال و العقل و الدين و العلم و الادب و التقوى والعفة و كمال الخلق وحداثة السن و البكارة و حال الوقت و حال الزوج، و أن لايكون لها ولد، و في المحيط والمرغيناني قيل لايعتبر الجمال في بنت الحسب و الشرف، و انما يعتبر ذلك في اوساط الناس، اذ الرغبة فيهن للجمال، بخلاف بنت الشرف. و في المحيط فان لم يوجد في قرابتها من هو مثل حالها يعتبر مثلها في الاجنبيات، و في خزانة الاكمل امرأة لا مثل لها في الجمال و مالها في قبيلتها، ينظر الى قبيلة اخرى مثل قبيلة أبيها، و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لاتعتبر الاجنبيات. (لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف) اشار به الى الاوصاف الثمانية المذكورة، فان الغنية تنكح باكثر مما تنكح الفقيرة، و كذا الشابة مع العجوز و الحسناء مع الشوهاء، و كذا البواقي (و كذا يختلف باختلاف الدار و العصر) اراد بالدار البلد، و يعتبر ان يكون من هي بحالها في بلدها حتى لايعتبر مهرها بمهر عشيرتها في بلدة أخرى، فان لم يوجد فيهم من يماثلها اعتبرنا بالاجانب من بلدها بما اعتبره الائمة تحصيلاً للمقصود بقدر الوسع، كذا في المبسوط. و في المحيط و الذخيرة يعتبر حالها بمن هي مثلها في هذه الصفات يوم التزوج. قوله - والعصر - أي و اختلاف العصر، أي الزمان. (قالوا) أصحابنا (و يعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه) أي لان التساوي (يختلف) باختلاف (البكارة و الثيوبة) قال صاحب المغرب(٢) الثيب من النساء التي قد تزوجت فبانت بوجه و الجمع ثيبات، و الثيابة و الثيوبة في مصدرها فليس من كلامهم، و قال الجوهري رجل ثيب و امرأة ثيب، الذكر و الانثى فيه سواء. (و اذ ضمن الولي المهر صح ضمانه) يعني اذا زوج الولي

(١) ثمانية اشياء كذا في الاصل لكن المذكور في المتن سبعة، نعم في متن البناية ثمانية و الثامن العفة و في الكنز ثمانية لكن الثامن البكارة و قال صاحب البحر ص١٨٥ ج٣ و زاد التبيين على هذه الثمانية اربعة و هي العلم و الادب و كمال الخلق و ان لايكون لها ولد و كذا ذكر في فتح القدير اثنا عشر و فيه قالوا يعتبر حال الزوج ايضا بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب و عدمها و نحوه في الفتاوى الهندية ص٣٠٦ج١. (٢) المغرب ص١٢٦ ج١ و الجوهري ص٩٥ج١ و التفصيل في لسان العرب ص٢٤٨ج١ مادة ثوب.

لانه من اهل الالتزام، و قد أضافه الى مايقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتباراً بسائر الكفالات و يرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة، و كذلك يصح هذا الضمان و ان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير و ضمن الثمن، لان الولي سفير و معبر في النكاح، و في البيع عاقد و مباشر حتى ترجع العهدة عليه و الحقوق اليه

ابنته و ضمن لها المهر صح ضمانه، سواء كان الزوج صغيراً او كبيراً و سواء كان من جانب الزوج او الزوجة، لكن في الصغير اذا زوجها ابوه فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر و إن لم يضمنه باللفظ، ذكره في شرح الطحاوي و التتمة (لانه) أي لان الولي (من اهل الالتزام) لانه عاقل بالغ و صير نفسه زعيماً، و الزعيم غارم(١) بالحديث (و قد اضافه الى ما يقبله) أي اضاف الالتزام او الضمان الى شيء يقبل الضمان و هو المهر، و ذلك لان المهر دين مضمون (فيصح) اي الضمان فيه بخلاف ما اذا باع الاب مال ولده الصغير و ضمن الثمن عن المشتري لم يصح، فلو صح الضمان كان ضامنا لنفسه، فلايصح على ما يجئ عن قريب. (ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتباراً بسائر الكفالات) لان الحكم في الكفالة هكذا ان المكفول له ان شاء طالب الكفيل، و ان شاء طالب الاصيل على ما عرف في موضعه (و يرجع الولي اذا أدى) الولي المهر الى البنت (على الزوج) يتعلق بقوله - يرجع - (ان كان) أي الضمان (بأمره) أي بأمر الزوج (كما هو الرسم) أي العادة المستمرة (في الكفالة) اذ الكفيل يرجع على الاصيل ان كان بامره (و كذلك يصح هذا الضمان) أي ضمان المهر (و ان كانت الزوجة صغيرة) او كبيرة بكراً (بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير و ضمن الثمن) فانه لايصح ضمانه، و الفرق هو قوله (لان الولي سفير و معبر في النكاح) و لهذا وكيل الزوجة لايجبر على تسليمها و وكيل الزوج لايطالب بالمهر (و في البيع عاقد) أي الولي في البيع عاقد (و مباشر) أصيل في حقوقه (حتى ترجع العهدة عليه و الحقوق اليه) و حقوق العقد مثل تسليم المبيع و تسليم الثمن و نحوهما، و في الغاية هذا اذا زوج الصغيرة و ضمن لها المهر عن الزوج، أما اذا زوج ابنه الصغير في حال صحته و ضمن عنه لزوجته المهر يصح اذا قبلت المرأة ذلك و لم يتعرض اليه المصنف، و اذا ادى

---

(٢) الزعيم غارم الحديث اخرجه الترمذي عن ابي امامة رضي الله عنه مرفوعا باب ان العارية مؤداة ص١٥٢ ج١ و باب ماجاء لاوصية لوارث ص٣٤ ج٢ و ابوداود باب في تضمين العارية ص١٤٦ ج٢ و ابن ماجة ابواب الصدقات باب العارية ص١٧٤ و مسند احمد ص٢٦٧ و ٢٩٢ ج٥.

و يصح ابراءه عن ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و يملك قبضه بعد بلوغه، فلو صح الضمان يصير ضامناً لنفسه و ولاية قبض المهر للأب

الاب بعد ذلك لم يرجع على الابن استحساناً. و في القياس يرجع لان غير الاب لو ضمن بأذن الاب و أدى يرجع في مال الصغير فكذلك الاب. وجه الاستحسان أن الآباء يتحملون المهور عن ابنائهم عادة لايطمعون في الرجوع، و الثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان. فحينئذ يرجع بخلاف الوصي اذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع، لان التبرع من الوصي لايوجد عادة، هذا اذا أدى الاب بعد الضمان، أما اذا مات قبل الاداء فللمرأة الخيار ان شاءت اخذت المهر من الزوج، و إن شاءت استوفت ذلك من تركة الاب، لان الكفالة كانت صحيحة فلاتبطل بالموت، ثم اذا استوفت من التركة. قال في المبسوط يرجع سائر الورثة بذلك في نصيب الابن او عليه ان كان قبض نصيبه. و قال زفر رحمه الله تعالى لايرجع و لم يذكر خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى فيه. و في الكافي للحاكم الشهيد ايضا و الامام الولوالجي في فتاواه ذكر خلاف ابي يوسف كما هو مذهب زفر، و كذا أثبت خلاف ابي يوسف في خلاصة الفتوى منقولا عن المحيط ان الخصاف ذكر ذلك، و ان كان الضمان عن الاب في مرض الموت فهو باطل، و كذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث فهو باطل، و المجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك، لانه ولي عليه كالصغير، سواء كان الجنون أصلياً او عارضاً. و لو زوج الاب طفله الصغير امرأة بمهر معلوم لايلزم المهر أباه الا اذا ضمن، و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في القديم المهر على الاب لانه ضمن دلالة، قلنا الصداق على من أخذ الساق بالاثر. (و يصح إبراءه) أي ابراء الاب(١) الثمن من المشتري (عند ابي حنيفةو محمد رحمهما الله تعالى) و ذكر شمس الائمة السرخسي في مبسوطه صحة الابراء و لم يذكر الخلاف (و يملك قبضه بعد بلوغه) أي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصبي، هذا ايضا ايضاح لرجوع العهدة على العاقد في البيع (فلو صح الضمان) أي ضمان الاب الثمن عن المشتري في البيع (يصير ضامناً لنفسه) فلايصح و قد مر بيانه. (و ولاية قبض المهر للاب) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف قلتم أن الاب سفير لايرجع حقوق العقد اليه، و له ولاية قبض مهر الصغير، و قال الكاكي(٢) تقدير السؤال أن يقال الاب يملك قبض الصداق كالوكيل يملك قبض الثمن، فلو صح ضمانه يصير ضامناً لنفسه، و ذا لايجوز هناك، و كذا في الاب فاجاب عنه بقوله و ولاية قبض

---

(١) ابراء الاب الخ كذا في الاصل و في العناية ابراء الاب المشتري. (٢) قال الكاكي رحمه الله تعالى الخ و كذالك في العناية و الكفاية.

بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد، الا ترى انه لايملك القبض بعد بلوغها فلايصير ضامناً لنفسه. قال و للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر و تمنعه أن يخرجها، أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل و صار(١) كالبيع.

المهر للأب (بحكم الابوة) أي بولاية الابوة (لا باعتبار أنه عاقد) ثم لايشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عند علمائنا، و عند زفر و هو قول ابي يوسف الآخر يشترط و في المرغيناني لايشترط و لم يحك خلافاً. (ألا ترى أنه) أي الاب (لايملك القبض) أي قبض المهر (بعد بلوغها) أي عند هبتها اياه عن القبض، فلو كان باعتبار أنه عاقد يقبض بعد البلوغ أيضا، كما في ثمن المبيع و قال الولوالجي في فتاواه للاب ان يطالب بمهر البكر، و ان كانت كبيرة، و القياس ان لايطالب لان ولاية الاب ينقطع عنها بالبلوغ، و وجه الاستحسان أن العادة فيما بين الناس أن الآباء يقبضون صداق البنات و يجهزون بها البنات، و البنت تكون راضية بتصرف الاب، لانها تستحي عن المطالبة بنفسها، و لو نهت أباها عن قبض الصداق لايملك الاب المطالبة، و ليس لاحد من الاولياء أن يقبض على الجارية المدركة مهرها الا بوكالة منها سوى الاب ثم الاب في حق البكر البالغة انما يملك قبض صداقها المسمى لاغير، حتى أن المسمى اذا كان بيضاً لايلي قبض السود لانه استبدال، و الاب لايملك الاستبدال. قال شمس الائمة السرخسي هذا مذهب علمائنا، و روي عن علماء بلخ انهم جوزوا ذلك حتى من قبض بعض الصداق من جنس المسمى، و بالنصف ضياعاً يجوز، قال هذا ارفق بالناس، و قال في الفتاوى الصغرى لو قبض السود مكان البيض أو على العكس لايجوز، و ان قبض الضياع لايجوز الا في موضع جرت العادة كما في رساتيقنا ياخذون بعض المهور ضياعاً. (فلايصير ضامناً لنفسه) توضيح لما قبله (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و للمرأة أن تمنع نفسها) أي من الزوج (حتى يأخذ المهر) هذا اذا كان المهر عاجلا(٢) أما اذا كان مؤجلاً ففيه اختلاف بين اصحابنا على ما يجئ إن شاء الله تعالى (و تمنعه) أي و لها أيضا ان تمنع زوجها (أن يخرجها أي يسافر بها) فسر الاخراج بالمسافرة (ليتعين حقها في البدل) أي ليتعين حق المرأة في المهر (كما تعين حق الزوج في المبدل) و هو البضع (و صار كالبيع) يعني ان البائع يحبس المبيع لطلب الثمن، فكذلك المرأة تحبس

---

(١) و صار – ن – فصار. (٢) عاجلا و في العناية ص٢٤٨ ج٣ اذا تزوج امرأة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا و بعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمرأة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر الخ.

و ليس للزوج أن يمنعها من السفر و الخروج من منزله و زيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله، أي المعجل، لان حق الحبس لاستيفاء المستحق، و ليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء، و لو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع، و فيه خلاف أبي يوسف رحمه الله تعالى و إن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا ليس لها أن تمنع نفسها و الخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها، حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لايسقط حقها في الحبس بالاتفاق، و على هذا الخلاف الخلوة بها برضاها و يبتنى على هذا استحقاق النفقة

بضعها لطلب المهر. (و ليس للزوج أن يمنعها من السفر و الخروج من منزله) أي منزل الزوج (و زيارة أهلها) أي و ليس له ايضاً أن يمنعها من زيارة اهلها (حتى يوفيها المهر كله اي المعجل) من المهر (لان حق الحبس لاستيفاء المستحق) لان حق الحبس للزوج لاجل أن يستوفي منها مستحقه و هو الانتفاع ببضعها (و ليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء) أي قبل أن يوفي حقها و هو المهر، و في المحيط و تخرج في حوائجها و زيارة أهلها و تسافر بغير اذنه حتى يوفيها جميع المهر، و الظاهر ان التاكيد في كل المهر على المعجل منه. (و لو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل) أي لاسقاطها حق طلبها بسبب تاجيل المهر، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (كما في البيع) يعني ان الثمن اذا كان مؤجلاً ليس للبائع أن يحبس المبيع، فكذلك لاتحبس المرأة نفسها اذا كان المهر مؤجلا (و فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى) فانه قال لها أن تمنع نفسها اذا كان المهر مؤجلا الى أجل معلوم، سواء كانت المدة قصيرة او طويلة، لان ملك البضع لايعرى عن ملك البدل. (و ان دخل بها فكذلك الجواب) أي كما ان للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر و تمنعه هي من أن يخرجها فيما قبل الدخول بالاتفاق، فكذلك بعد الدخول (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و هذا قول ابي حنيفة آخراً كذا في الايضاح (و قالا ليس لها أن تمنع نفسها) و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى أولاً (و الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة و صاحبيه (فيما اذا كان الدخول برضاها حتى اذا كانت مكرهة او كانت صبية أو مجنونة لايسقط حقها في الحبس بالاتفاق و على هذا الخلاف) المذكور (الخلوة بها برضاها) مثل الخلاف في الدخول (و يبتني على هذا) الخلاف (استحقاق النفقة) فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا منعت نفسها بعد الدخول لاتسقط نفقتها، لان المنع بحق، و عندهما لانفقة لها، و قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير كان ابوالقاسم

لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة و لهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع و له انها منعت منه ما قابل بالبدل(١) لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلايخلى عن العوض ابانة لخطره و التأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلايصلح مزاحماً للمعلوم، ثم اذا وجد وطئ آخر و صار معلوماً تحققت المزاحمة، و صار المهر مقابلاً بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها، ثم اذا جنى أخرى و أخرى يدفع بجميعها، و اذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء

الصغار يفتي في المنع بقول ابي يوسف و محمد رحمهما الله و في السفر بقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى قال و هذا احسن في الفتيا، يعني بعد الدخول لاتمنع نفسها لطلب المهر و لو منعت لا نفقة لها كما هو مذهبهما و لايخرج بها الزوج الى السفر و تمنع المرأة من ذالك لطلب المهر فاذا امتنعت لاتسقط نفقتها كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى (لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان المعقود عليه) و هو البضع (كله قد صار مسلماً اليه) أي الى الزوج (بالوطئة الواحدة او بالخلوة و لهذا) اي و لاجل كون المعقود عليه مسلماً بالوطئة الواحدة او بالخلوة (يتأكد بها) أي بالوطئة الواحدة او بالخلوة (جميع المهر) فاذا كان الامر كذلك (فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع) أي باختياره قبل قبض الثمن. (وله) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انها) أي ان المرأة (منعت منه) أي من الزوج (ما قابل البدل) و هو البضع (لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلايخلى) على صيغة المجهول اي فلايخلى البضع المحترم (عن العوض) يعني لايجوز اخلاؤه عن العوض (ابانة لخطره) اي لاجل الابانة لخطر البضع الذي هو المحل المحترم (و التاكد بالواحدة) هذا جواب عن قولهما، و لهذا يتأكد بها جميع المهر، تقريره أن التأكد بالواحدة، اي تأكد المهر بالوطئة الواحدة (لجهالة ما وراءها) اي لاجل جهالة ما وراء الوطئة الواحدة (فلايصلح مزاحماً للمعلوم) لان المجهول لايزاحم المعلوم. (ثم اذا وجد آخر) أي وطئ آخر (و صار معلوماً تحققت المزاحمة) فيزاحم الاول لكونه معلوماً و يصير المهر مقابلا له و للاول و اذا وجد آخر فكذلك (و صار المهر مقابلا بالكل) أي بكل الوطئات و نظر ذلك بقوله (كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها) أي بهذه الجناية (ثم اذا جنى أخرى) أي جناية أخرى (و أخرى) أي و جناية إخرى الا ما لايتناهى (يدفع بجميعها) أي بجميع الجنايات (و اذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء) أي اذا أوفى الرجل امرأته مهرها المعجل، كذا قيده الكاكي، نقلها

---

(١) بالبدل - ن - البدل.

لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم و قيل لايخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريبة تؤذى(١)

الى حيث شاء من البلاد (لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم) و به قال الشافعي و مالك و احمد و اصحابهم رحمهم الله تعالى (و قيل) قاله الفقيه ابوالليث رحمه الله تعالى، و قال الاترازي هو محمد بن سلمة قلت لايضر ذلك، لان كلا من أبي الليث و محمد بن سلمة قائل بذلك (لايخرجها الى بلد غير بلدها، لان الغريب يؤذى) و ذكر في فصول الاستروشي الزوج اذا اراد أن يخرج المرأة الى بلد أخرى و قد أوفى لها مهرها ليس له ذلك، هكذا اختاره ابوالليث رحمه الله تعالى، و قال ظهير الدين(٢) المرغيناني الاخذ بقول الله عزوجل أولى من الاخذ بقول الفقيه، قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم و ذكر في التنجيس و الفتوى على ان الزوج أن

---

(١) لان ا لغريبة تؤذي – ن – لان الغريب يؤذي. (٢) و قال ظهير الدين الخ راجع فتح القدير و العناية ص٢٥٠ ج٣ و في البحر الرائق ص١٩٢ ج٣ فان نقلها من مصر الى قرية او من قرية الى مصر او من قرية الى قرية فظاهر ما ذكره المصنف في الكافي ان له ذالك اتفاقا لانه لاتتحقق الغربة فيه و علله ابوالقاسم الصغار بانه تبوئة و ليس بسفر و ذكر في القنية اختلافا في نقلها من المصر الى الرستاق فعزا الى كتب انه ليس له ذالك ثم عزا الى غيرها أن له ذالك قال و هو الصواب الخ و اما اذا طلب انتقالها من مصرها الى مصر اخرى فظاهر الرواية كما في الخانية و الولوالجية ان ليس لها الامتناع لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم و ليس في ظاهر الرواية تفصيل بين ان يكون مامونا عليها اولا و اختلفوا في المفتى به فذكر في جامع الفصولين ان الفتوى على انه له ان يسافر بها اذا اوفاها المعجل الخ فهذا افتاء بظاهر الرواية و افتى ابوالقاسم الصغار و تبعه الفقيه ابوالليث بانه ليس له ان يسافر بها مطلقا بغير رضاها لفساد الزمان لانها لاتامن على نفسها في منزلها فكيف اذا خرجت و صرح في المختار بانه لايسافر بها و عليه الفتوى و في المحيط و هو المختار و ما في فصول الاستروشي معزيا الى ظهير الدين المرغيناني من ان الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه فقد رده في غاية البيان بان قول الفقيه ليس منافيا لقول الله تعالى لان النص معلول بعدم الاضرار الاترى الى سياق الاية و هو قوله تعالى و لاتضاروهن و في اخراجها الى غير بلدها اضرار بها فلايجوز الخ و ذكر الولوالجي ان جواب ظاهر الرواية كان في زمانهم اما في زماننا لايملك الزوج ذالك فجعله من باب اختلاف الحكم باختلاف العصر و الزمان كما قالوا في مسئلة الاستئجار على الطاعات و افتى بعضهم بانه اذا اوفاها المعجل و المؤجل و كان مامونا يسافر بها و الا فلا لان التاجيل انما يثبت بحكم العرف فلعلها انما رضيت بالتاجيل لاجل امساكها في بلدها اما اذا اخرجها الى دار الغربة فلا قال صاحب المجمع في شرحه و به يفتى الخ فقد اختلف الافتاء و الاحسن الافتاء بقول الفقيهين من غير تفصيل و اختاره كثير من المشائخ كما في الكافي و عليه الفتوى و عليه عمل القضاة في زماننا كما في انفع الوسائل انتهى.

و في قرى المصر القريبة لاتتحقق الغربة. قال و من تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها، و القول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل.

يسافر بها اذا اوفاها المعجل، لقوله تعالى أسكنوهن قوله و لان الغريب يؤذى فان قيل هذا التعليل معارض لقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم فلايقبل، قلنا قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم مقيد بالنص بترك الاضرار بدليل سياق الآية، و هو قوله تعالى و لاتضاروهن و في النقل الى بلد آخر مضارة، و لهذا جاز الاخراج برضاها. و في المحيط المختار لمشايخنا ان لايخرجها من بلدها، و جواز النقل ظاهر الرواية. و قال صاحب ملتقى البحار و أفتى بانه يتمكن من نقلها اذا اوفاها المعجل و المؤجل. (و في قرى المصر القريبة) أي ما دون مدة السفر (لاتتحقق الغربة) لقرب المسافة، بخلاف مدة السفر و مافوقها، و سئل ابوالقاسم الصفار عن من يخرجها من المدينة الى القرية، و من القرية الى المدينة، فقال ذلك تبوئة و ليس بسفر، و إخراجها من بلد الى بلد سفر و ليس بتبوئة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر) أي الزوجان اختلفا في كمية المهر بان قال الرجل تزوجتك بالف، و قالت المرأة بالفين (فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها، و القول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل) و عند(١) الشافعي رحمه الله تعالى يتحالفان كما في البيع و لايفسخ النكاح، سواء كان الاختلاف قبل الدخول او بعده، و يجب مهر المثل، و قال مالك رحمه الله تعالى ان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج، و كذا لو كان بعد موتهما، و ان كان قبل الدخول يتحالفان و يفسخ النكاح بناء على أصله ان فساد الصداق يوجب فساد النكاح، و هذه المسألة على وجوه ذكرت هنا. منها ما اذا قال الزوج ألف، و قالت المرأة ألفان، و كان هذا بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده يحكم مهر المثل، حتى لو كان مهر المثل ألفاً او أقل، فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجتها على ألفين، و ان نكل اعطاها الالفين على سبيل التسمية دراهم لاختيار للزوج فيها، و ان حلف لايثبت الفضل، و أيهما أقام البينة قبلت بينته، فان اقاما البينة جميعاً كانت بينة المرأة أولى لانها كانت اكثر اثباتا كالبائع و المشترى اقاما البينة على مقدار الثمن تكون بينة البائع أولى لما قلنا، هذا اذا كان مهر المثل الفاً او اقل. فاذا كان الفين او اكثر فالقول قولها مع اليمين ما رضيت بالف، لانها تنكر للحط الذي يدعيه الزوج، فان نكلت يجب

---

(١) و عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٣٨٠ ج١٦ و المغنى ص٤٠ ج٨ و تفصيل الاختلاف في المهر يطلب من الفتاوى الهندية ص٣١٩ ج١ و البحر ص١٩٥ ج٣ و الشروح الثلاثة للهداية ص٢٥٠ ج٣.

و ان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى القول قوله بعد الطلاق(١) و قبله الا ان يأتي بشيئ قليل و معناه ما لايتعارف مهراً لها هو الصحيح.

لها الالف باعتبار التسمية، و ان حلفت ثبت لها الالفان، ألف منهما باعتبار التسمية و ألف آخر باعتبار تحكيم مهر المثل و للزوج خيار في هذه الالف ان شاء اعطاها دراهم كما سماها، و ان شاء اعطاها من الدنانير ما يساوي ألف درهم فايهما اقام البيّنة على دعواه قبلت بينته، لان كل واحد منهما مدع ظاهرا و ان اقاما جميعا فبينة الزوج أولى و هو الصحيح و اذا كان مهر مثلها ألفا و خمسمائة يجب التحالف و يبدأ التحالف بالقرعة و لم يتعرض له المصنف، فان نكل الزوج ثبت الالفان مسمى، و ان نكلت المرأة ثبت الالف، و ان حلفا جميعاً يجب ألف و خمسمائة الالف باعتبار التسمية، و الخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل، و للزوج خيار فيها، و أيهما أقام البينة قبلت بينته، و ان اقاما جميعاً تهاترت البينتان للتعارض و وجب مهر المثل و يخير الزوج فيها (و ان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر) هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بهذه المسألة، صورته قال الزوج تزوجتك بالف و قالت المرأة لا بل بالفين فطلقها قبل الدخول بها فالقول قول الزوج في نصف المهر و لايحكم متعة مثلها، هذه على رواية الجامع الصغير و المبسوط. و قال في الجامع الكبير يحكم متعة مثلها، فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه ان كانت بين الاثنين حلف كل واحد منهما (و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) أي هذا المذكور من قوله من تزوج امرأة الى هنا عند ابي حنيفة و محمد، و به قال احمد في رواية و انما خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى القول قوله قبل الطلاق و بعده) اي القول قول الزوج مع يمينه، سواء كان الاختلاف قبل الطلاق او بعده، و به قال احمد في رواية (الا ان ياتي بشيء قليل) اختلفوا في معنى الشيء القليل، فقال المصنف (و معناه) أي و معنى الشيء القليل. و قال الاترازي اي معنى قول ابي يوسف الا ان يأتي بشيء قليل (ما لا يتعارف مهراً لها) يعني تفسير القليل أن يذكر الزوج شيئاً لايتزوج مثل ذلك المرأة على ذلك المهر عادة، و قيل معناه دون العشرة، لانه مستنكر شرعاً و روى هذا عن ابي يوسف و في قاضي خان في تفسير المستنكر عن ابي يوسف روايتان، احداهما ما دون العشر، و الثانية ما لاتتزوج على مثله، و هذه هي الصحيحة اشار اليه المصنف بقوله (هو الصحيح) و كذا قال في المنافع هو الصحيح. و في المحيط و قاضي خان اصح، و

---

(١) بعد الطلاق و قبله - ن - قبل الطلاق و بعده.

لابى يوسف رحمه الله تعالى ان المرأة تدعي الزيادة، و الزوج ينكر، و القول قول المنكر مع يمينه، الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه، و هذا لان تقوم منافع البضع ضروي، فمتى أمكن ايجاب شيء من المسمى لايصار اليه، و لهما أن ا لقول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر و الظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل، لانه هو الموجب الاصلى في باب النكاح، و صار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر هاهنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر، و هذا رواية الجامع الصغير و الاصل. و ذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها،

يحكى عن ابي الحسن الكرخي هكذا (لابي يوسف رحمه الله تعالى أن المرأة تدعي الزيادة و الزوج ينكر، و القول قول المنكر مع يمينه الا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه) بان ذكر اقل من عشرة دراهم، لان ظاهر الشرع ينكره، و ظاهر الحال يكذبه (و هذا) أي هذا الذي ذكره ابويوسف (لان تقوم منافع البضع ضروري) لانه ليس بمال، و انما يتقوم تعظيماً لخطره. و قال الاترازي يعني لضرورة التوالد و التناسل (فمتى أمكن ايجاب شيء من المسمى لايصار اليه) أي الى مهر المثل، لان مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية و قد اتفقا على اصل التسمية فلايحكم بمهر المثل (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر) يعني ظاهر الحال (و الظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه) اي لان مهر المثل (هو الموجب الاصلى في باب النكاح) شرعاً (و صار كالصباغ مع رب الثوب) اي صار تحكيم مهر المثل في الاختلاف في مقدار المهر كاختلاف الصباغ مع رب الثوب، بيانه ان رب الثوب قال صبغته بدرهم، و قال الصباغ بدرهمين، و هو معنى قوله (اذا اختلفا في مقدار الاجر) اي الاجرة (يحكم) على صيغة المجهول من التحكيم (فيه قيمة الصبغ) فينظر الى ما زاد الصبغ في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر اعطى ذلك و يحلف بالله ما صبغه بما ادعى رب الثوب، و يحلف رب الثوب بالله ما صبغته باكثر من ذلك و ذلك لان الصبغ غير مال قائم، فوجب الرجوع الى قيمته و تحكيمه، كذا قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف (ثم ذكر) أي محمد رحمه الله تعالى (هاهنا) أي في المسألة، و في بعض النسخ ثم أنه وضعها هاهنا (ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله) أي قول الزوج (في نصف المهر) أي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و لايحكم متعة مثلها (و هذا رواية الجامع الصغير و الاصل) اي المبسوط (و ذكر) اي محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها) فان شهدت لاحدهما فالقول له

و هو قياس قولهما لان المتعة موجبه بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو. و وجه التوفيق أنه وضع المسألة في الاصل في الالف و الالفين و المتعة لاتبلغ هذا المبلغ في العادة فلايفيد تحكيمها و وضعها في الجامع الكبير في المائة و العشرة و متعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها، و المذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل. و شرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف و المرأة الالفين فان كان مهر مثلها ألفاً او أقل فالقول قوله و ان كان الفين او اكثر فالقول قولها و أيهما اقام البينة في

مع يمينه، و ان كانت بين الامرين حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح (و هو قياس قولهما) اي قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و انما خصهما لان على قول ابي يوسف القول قول الزوج (لان المتعة موجبه) اي موجب النكاح (بعد الطلاق) قبل الدخول (كمهر المثل قبله) اي قبل الطلاق (فتحكم) أي المتعة (كهو) أي كمهر المثل قبل الطلاق (و وجه التوفيق) اي بين(١) رواية الاصل و الجامع الكبير (انه) اي ان محمد رحمه الله تعالى (وضع المسألة في الاصل في الالف و الالفين و المتعة لاتبلغ هذا المبلغ في العادة فلايفيد تحكيمها) اي تحكيم المتعة لان الزوج معترف بنصف الالف (و وضعها) اي المسألة (في الجامع الكبير في المائة و العشرة(٢) و متعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها و المذكور في الجامع الصغير ساكت(٣) عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل) اي المبسوط و هو المتعارف اذ المتعارف هو الاختلاف في الالوف. و قيل ان المبسوط صنف اولاً ثم الجامع الصغير فيكون المذكور في المبسوط كالمعهود فيحمل عليه، و قيل في المسألة روايتان. (و شرح قولهما) أي قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (فيما اذا اختلفا) اي الزوجان (في حال قيام النكاح) هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة، و هو أن الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر قبل الطلاق (ان الزوج اذا ادعى الالف وا لمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفاً او اقل فالقول قوله) اي مع اليمين، لان الظاهر شاهد له، لان في الدعاوى القول لمن يشهد له الظاهر (و ان كان) اي مهر مثلها (الفين او اكثر فالقول قولها) اي قول المرأة مع يمينها (و ايهما) اي اي الزوجين (اقام البينة في

---

(١) بين الخ و في العناية اي بين رواية الجامع الكبير و بين روايتي المبسوط و الجامع الصغير. (٢) العشرة بان قالت الزوجة مائة و قال الزوج عشرة حاشية عبدالغفور. (٣) ساكت فانه قال تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل و هو ان يختلفا في الالف و الالفين الكفاية.

الوجهين تقبل و ان أقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة و في الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط و ان كان مهر مثلها ألفاً و خمسمائة تحالفا، و اذا حلفا تجب ألف و خمسمائة هذا تخريج الرازي رحمه الله تعالى و قال الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك و لو كان الاختلاف في اصل المسمى

الوجهين) اي فيما اذا كان مهر مثلها الفا او اقل و فيما اذا كان الفين او اكثر (تقبل) بينته (و ان اقاما البينة في الوجه الاول) آي فيما اذا كان مهر مثلها الفا او اقل (تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة، و في الوجه الثاني) اي فيما اذا كان مهر مثلها الفين او اكثر (تقبل بينته لانها تثبت الحط) اي حط احد الالفين، و الاصل في هذا هو ان البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهراً (و ان كان مهر مثلها الفا و خمسمائة) هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة (تحالفا) لان المرأة تدعي الزيادة عليه و هو ينكر، و الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل و هي تنكر، و ينبغي ان يقرع القاضي في البداية بالحلف ذكره في جامع قاضي خان والقرعة مستحبة(١) و لكن يبدأ بايهما شاء، و ذكر الامام المحبوبي يبدأ بيمين الزوج لانه اثبتهما(٢) انكاراً و قال مالك رحمه الله تعالى بكليهما على المشهور (و اذا حلفا يجب الف و خمسمائة) يجب الف بطريق التسمية لايخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف، و يجب خمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج، و ايهما اقام البينة قبلت بينته، و ان اقاما يقضي بالالف و خمسمائة، الف بطريق التسمية و خمسمائة باعتبار مهر المثل، لان البينتين بطلتا لمكان التعارض، و نص محمد رحمه الله تعالى في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة (هذا تخريج الرازي رحمه الله تعالى) اي وجوب التحالف في فصل واحد هو ما اذا خالف مهر المثل قولهما هو تخريج الشيخ ابي بكر الجصاص احمد بن علي الرازي من كبار علماء العراقيين صاحب التصانيف ولد سنة خمس و ثلاث مائة و مات ببغداد سنة سبعين و ثلاث مائة (و قال الكرخي رحمه الله) هو الشيخ ابوالحسن الكرخي استاذ المحققين، و هو استاذ ابى بكر الرازي ولد سنة ستين و مائتين و مات سنة اربعين و ثلاثمائة (يتحالفان في الفصول الثلاثة) اي فيما اذا كان مهرالمثل الفا او اقل، او الفين او اكثر او الفاو خمسمائة (ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك) لانها لما حلفا تعذرت التسمية فيحكم مهر المثل، قيل قول ابي بكر(٣) اصح. (و لو كان الاختلاف في اصل المسمى) هذا وجه

---

(١) و القرعة مستحبة و في الكفاية و يجب ان يقرع بينهما في البداءة لعدم الرجحان لاحدهما. (٢) اثبتهما انكارا و في العناية و الكفاية ابينهما انكارا. (٣) قول ابي بكر اصح، و في الفتح ص٢٥٣ ج٣ قال قاضي خان ماقاله الرازي اولى و في الكفاية قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى الاصح قول الكرخي.

يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما و عنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه و لو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حال حياتهما لان اعتبار مهر المثل لايسقط بموت أحدهما، و لو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لايستثنى القليل، و عند ابي يوسف(١) رحمه الله القول قول الورثة الا أن يأتوا بشيء قليل، و عند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة،

آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة، اي و لو كان اختلاف الزوجين في اصل المسمى بان يدعي احدهما التسمية و ينكر الآخر (يجب مهر المثل بالاجماع) لانه لايمكن المصير الى المسمى مع وجود الشك، و لو كان قبل الدخول تجب المتعة بالاجماع، و هكذا علله بعضهم، و علل المصنف بقوله (لانه هو الاصل عندهما) اي لان مهر المثل هو الاصل عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و عنده) اي و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى (تعذر القضاء بالمسمى) مع وجود الشك في وجوده (فيصار اليه) اي الى مهر المثل، و تعليل المصنف لهم دليل على وجوب مهر المثل بالاجماع في هذه الصورة فافهم (و لو كان الاختلاف بعد موت احدهما) اي بعد موت احد الزوجين، و هذا ايضا وجه من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة، و صورته اختلف الحي منهما مع ورثة الميت (فالجواب فيه) اي في هذا الوجه (كالجواب في حال حياتهما) اي حال قيام النكاح في الاصل، و المقدار و في الاصل(٢) يجب مهر المثل بعد الدخول و المتعة قبله بلاخلاف و علل المصنف بقوله (لان اعتبار مهر المثل لايسقط بموت احدهما) اي احد الزوجين كما في المفوضة، و هي التي زوجت نفسها من رجل بغير مهر اذا مات احدهما يجب مهر المثل بالاجماع. (و لو كان الاختلاف بعد موتهما) اي بعد موت الزوجين بان اختلفت ورثتهما (في المقدار) اي في مقدار المسمى (فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) مع اليمين لانكارهم الزيادة و لايحكم مهر المثل لانه سقط اعتباره بموتهما و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج ايضاً، الا ان يأتوا بشيء قليل (و لايستثنى القليل) اي على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى بل يصدق ورثته و ان ادعوا شيئاً قليلاً (و عند محمد رحمه الله تعالى الجواب فيه) اي في هذا الوجه (كالجواب في حال الحياة) يعني(٣) ان القول قول ورثة المرأة الى مهر المثل، و

---

(١) و عند ابي يوسف الخ قوله "و عند ابي يوسف القول قول الورثة الا ان ياتوا بشئ قليل" ليس في النسخة المصرية التي عندنا. (٢) و في الاصل الخ و في المقدار عندهما يحكم مهر المثل و عنده القول قول الزوج او ورثته العناية. (٣) يعني الخ و في العناية يحكم مهر المثل و هو قياس قول ابي حنيفة لكنه تركه استحسانا =>

و إن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول من أنكره فالحاصل انه لاحكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله و اذا مات الزوجان و قد سمى لها مهراً فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراثه(١) و إن لم يسم(٢) لها مهراً فلاشيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لورثتها المهر في الوجهين، معناه المسمى في الوجه الاول و مهر المثل في الثاني، أما الاول فلان

فيما زاد على ذلك القول قول ورثة الزوج (و إن كان) اي اختلاف الورثة (في اصل المسمى) بان ينكر ورثة احدهما اصل المسمى (فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول من أنكره) اي من انكر اصل المسمى و لايقضى بشيء لانه لايقضى بمهر المثل بعد موتهما عنده، و عندهما يقضي بمهر المثل، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و عليه الفتوى، و لكن الشافعي رحمه الله تعالى يقول بعد التحالف، و عندنا و مالك و أحمد لايجب التحالف. (فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (بعد موتهما) اي بعد موت الزوجين و استدل في الاصل، و قال(٣) الا يرى ان ورثة علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه لو ادعوا على ورثة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه مهر ام كلثوم بنت علي ابن ابي طالب رضي الله تعالى عنهما لم اقض ذلك في ميراث عمر الا ان تقوم البينة على مهر مسمى (على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى) اشار به الى دليل ابي حنيفة رحمه الله تعالى في المسألة التي تلي هذه المسألة، و هذا ايضا من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة (و اذا مات الزوجان و قد سمى لها مهراً) اي و الحال ان الزوج قد سمى للمرأة مهراً (فلورثتها أن ياخذوا ذلك) اى المسمى (من ميراث الزوج) انما ياخذ الورثة جميع المسمى من ميراث الزوج اذا ماتا معاً او لم يعلم سبق احدهما او علم ان الزوج مات اولاً، لان المسمى دين في الذمة و قد تقرر بالموت، و ان علم ان المرأة ماتت اولا يسقط من المهر قدر نصيب الزوج من التركة، لانه ورث ديناً على نفسه على ما يجئ الآن، (و ان لم يكن سمى لها مهراً فلاشيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لورثتها المهر في الوجهين) اي فيما اذا سمى و فيما اذا لم يسم (معناه) معنى قولهما لورثتها المهر في الوجهين يجب (المسمى في الوجه الاول) اي فيما اذا سمى (و مهر المثل) اي و يجب مهر المثل (في الوجه الثاني) اي فيما اذا لم يسم. (أما الاول) و هو وجوب المسمى (فلان

=> لما نذكره. (١) ميراثه - ن - ميراث الزوج. (٢) و ان لم يسم - ن - و ان لم يكن سمى. (٣) و قال اي ابوحنيفة ان ورثة على رضي الله عنه الخ راجع فتح القدير و الكفاية و العناية ص٢٥٥ ج٣.

المسمى دين في ذمته و قد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك. و أما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات أحدهما، و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل، و من بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية، و قال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف و ان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب.

المسمى دين في ذمته و قد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولاً) الاستثناء من قوله و يقضى من تركته (فيسقط نصيبه) اي نصيب الزوج (من ذلك) اي من مهر المثل الذي عليه قدر نصيبه من تركة المرأة و قد ذكرناه الآن. (و أما الثاني) و هو وجوب مهر المثل (فوجه قولهما ان مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمي فلايسقط بالموت، كما اذا مات احدهما) فانه لايسقط بالاتفاق (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل) اراد ان بانقراض الاقران لايجد القاضي امرأة من اقرانها حتى يقدر مهر مثله بتلك المرأة، و قيل اذا لم يتقادم العهد يقضى بمهر مثلها عنده ايضاً. قال السروجي و التعليل الذي قبل هذا يدل على سقوط مهر المثل بموتهما تقادم اولا. و في المنهاج اختلفا في قدر المهر او في صفته تحالفا و يفسخ المهر و يجب المثل، و كذا لو انكر التسمية على الاصح لو اختلفت ورثتهما او وارث احدهما مع الآخر و في المغني(١) لو قال لم يكن لها صداق فالقول قولها قبل الدخول و بعده ما ادعت مهر المثل، و به قال ابن جبير و ابن شبرمة و ابن ابى ليلى و ابن حنبل و ابن راهوية، و هو قول الشعبي و الثوري و الشافعي، و حكى عن فقهاء المدينة السبعة ان بعد الزفاف القول قوله و الدخول بالمرأة يقطع الصداق - و به قال مالك قال اصحابه كانت العادة بالمدينة تعجيل الصداق. و في الجواهر لو اختلفا بعد زوال العصمة بطلاق او فسخ أو موت، فالقول قول الزوج مع يمينه، و لو ادعت التسمية و انكر فالقول قوله الا ان يكون العادة خلاف قوله (و من بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية، و قال الزوج هو من المهر فاقول قوله لانه هو المملك) على صيغة اسم الفاعل من التمليك (فكان اعرف بجهة التمليك كيف) اي كيف لايكون القول قول الزوج (و ان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب) عن ذمته فيكون القول قول من يشهد له الظاهر، و الواو في - و ان الظاهر - للحال و ان بكسر ا لهمزة و ا نه بفتح الهمزة

---

(١) المغنى ص٤٢ ج٨.

قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها، و المراد منه ما يكون مهيئا للأكل لانه يتعارف هدية. فاما في الحنطة و الشعير فالقول قوله لما بينا و قيل ما يجب عليه من الخمار و الدرع وغيره ليس له أن يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه و الله اعلم.

(قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (الا في الطعام الذي يؤكل) كالجدى المشوى والدجاجة المشوية و الحلوى و الخبيصة و الخبز و اللحم و سائر الاطعمة و الفواكه الرطبة و ما لا بقاء له (فان القول قولها) و كذا ذكره المرغيناني، و في قاضي خان و في المهيأ للاكل و ما لايدخر فالقياس كما تقدم، و في الاسبيجابي القول قولها فيه (و المراد منه) اي المراد من الطعام الذي يؤكل (ما يكون مهيئا للاكل) اي معداً للاكل مما يتسارع اليه الفساد (لانه يتعارف هدية) اي لان مثل هذه الاشياء عرفت هدية فالقول قولها فيها. (فاما في الحنطة و الشعير فالقول قوله) فيها و كذا في الدقيق و الشاة الحية و السمن و العسل و ماله بقاء (لما بينا) اشار به الى قوله - و ان الظاهر انه يسعى في اسقاط حقه (و قيل) قائله ابو القاسم الصغار (ما يجب عليه) اي على الزوج في الشرع (من الخمار و الدرع وغيره) كمتاع البيت (ليس له) اي للزوج (ان يحتسبه) (١) بضم السين يقال جسبته أى عددت عليه حسباناً بفتح العين في الماضي و ضمها في المستقبل (من المهر لان الظاهر يكذبه) و الخف و الملاءة لاتجب عليه لانه ليس عليه أن يهئ لها أمر الخروج. و قال المرغيناني عليه خف امرأة لخروجها. و في قنية المنية دفع اليها مالاً فقالت كان من مهري، و قال الزوج كان وديعة عندك، ان كان المدفوع من جنس مهرها فالقول قولها، و ان كان من خلاف جنسه فالقول قول الزوج. و في الاشراف بعث اليها بثوب فقال هو من الكسوة، و قالت الزوجة بل هو هبة، فالقول قول الزوج مع يمينه و به قال ابوحنيفة و الشافعي و ابوثور رحمهم الله تعالى و قال ابوبكر و به اقول و في القنية بعث(٢) الى امرأته متاعاً و بعث ابوالمرأة اليه متاعاً ثم ادعى الزوج انه كان من الصداق فالقول قوله مع يمينه، فان حلف و المتاع قائم فللمرأة ان ترد و ترجع بمهرها و ان كان هالكاً لاترجع بالمهر و مابعث اليه ابوها ان كان هالكاً لم يكن على الزوج شيء، و ان كان قائماً و بعث من مال نفسه يرجع، و ان كان من مال الزوجة برضاها لايرجع لان الزوجة لاترجع فيما وهبت لزوجها بعث اليها بهدايا و عوضت ثم زفت اليه ثم فارقها و ادعى ان ذلك كان عارية، فالقول قوله فاذا استرده فلها ان تسترد ما عوضته عن ذلك،

---

(١) يحتسبه هذا اللفظ من باب الافتعال في جميع النسخ التي عندنا المطبوعة و القلمية لكن في النسخ التي كانت عند العلامة العيني من باب نصر ينصر. (٢) بعث الخ راجع لنحو هذه الفروع فتح القدير ص٢٥٨ ج٣ و البحر ص١٩٨ ج٣ و الفتاوى الهندية ص٣٢٢ ج١.

فصل

و اذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر و ذلك في دينهم جائز و دخل(١) بها او طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر. و كذا الحربيان في دار الحرب، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قولهما في الحربيين، و أما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها او دخل بها. و المتعة إن طلقها قبل الدخول بها.

قيل لايرجع كل واحد بما فرق على الناس من ذلك باذن صاحبه صريحاً او دلالة و لا بالمأكولات من الاطعمة و الفواكه الرطبة. و في الذخيرة جهز بنته و زوجها زعم ان الذي دفعه اليها ماله و كان على وجه العارية عندها فقالت هو ملكي جهزتني به، او قال الزوج كذلك بعد موتها فالقول قولهما دون الاب لان الظاهر شاهد بملك البنت اذ العادة دفع ذلك اليها بطريق الملك، و حكى عن ركن الاسلام ابى الحسن السعدي ان القول قول الاب، لان ذلك يستفاد من جهته و به اخذ بعض المشايخ. و قال الصدر الشهيد في واقعاته المختار للفتوى ان كان العرف ظاهراً في الجهاز بمثل ذلك كما في ديارنا فالقول قول الزوج، و ان كان مشتركاً فالقول قول الاب و الله اعلم بالصواب.

(فصل)

لفظ فصل مهما يكتب هكذا لايكون معرباً لان الاعراب يقتضي التركيب، و مهما وصل بشيء مما بعده يكون معرباً. و لما فرغ من بيان انكحة المسلمين شرع في بيان انكحة اهل الذمة. (و اذا تزوج النصراني نصرانية) هذا القيد اتفاقي، لان الحكم في كل اهل الذمة هكذا، و لهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي(٢) (على ميتة او على غير مهر) اي او تزوجها على غير مهر، و كذا لو تزوج على دم (و ذلك) اي تزوجها على هذا الوجه و الواو للحال (في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر) اي مهر المثل حتى لو ترافعا(٣) الى القاضي لايقضى بشيء. (و كذلك) اي الحكم اذا تزوج (الحربيان في دار الحرب، و هذا) اي عدم وجوب المهر (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو) اي عدم وجوب المهر (قولهما) اي قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في الحربيين) كقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و أما في الذمية) اي و اما الحكم في الذمية اذا تزوجت ذميا (فلها مهر مثلها) اي عندهما (ان مات) اي الذمي (عنها او دخل بها و المتعة) اي و لها المتعة (ان طلقها قبل الدخول بها) يعني اذا ترافعا

---

(١) و دخل - ن - فدخل. (٢) بلفظ الذمي كذا في العناية و فيه ايضا و اقول يجوز ان يكون اطلقه ليتناول المستأمن ايضاً. (٣) ترافعا الخ و في فتح القدير فليس لها مهر و لو اسلما او رفع احدهما الينا او ترافعا الخ.

و قال زفر رحمه الله تعالى لها مهر المثل في الحربيين أيضاً له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال، و هذا الشرع وقع عاماً فيثبت الحكم على العموم، و لهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام، و ولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين، بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا و الزنا و ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن اهل الذمة لايلتزمون أحكامنا في الديانات و فيما يعتقدون خلافه في المعاملات و ولاية الالزام

الينا او اسلما، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى لها مهر المثل في الحربيين ايضا له) اي لزفر (ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال) قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم (و هذا الشرع) و هو قوله تعالى أن تبتغوا (وقع عاماً) لانه عليه الصلوة و السلام بعث الى الكل قال تعالى قل يا ايها الناس اني رسول الله اليكم جميعاً و قال عليه الصلوة و السلام بعثت(١) الى الاسود و الاحمر أي العرب و العجم، و لان هذا الدين ناسخ الاديان كلها (فيثبت الحكم على العموم) لان النكاح من باب المعاملات و الكفار مخاطبون بالمعاملات (و لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام) لان الالتزام بعقد الذمة قال عليه الصلوة و السلام اذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين و عليهم ما على المسلمين (و ولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين) أى دار الاسلام و دار الكفر و لا الزام الا بالولاية (بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا و الزنا) فانهم ينهون عن ذلك و يقام عليهم الحد (و ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار و لابى حنيفة رحمه الله تعالى ان اهل الذمة لايلتزمون احكامنا في الديانات) أي لايلتزم اهل الذمة احكامنا في الاشياء التي تعلقت بالديانات كحرمة الخمر و الخنزير و وجوب الصلوة و الزكاة (و فيما يعتقدون خلافه في المعاملات) اي و كذا لايلتزمون احكامنا فيما يعتقدون خلافه في المعاملات كالنكاح بغير شهود و بيع الخمر و الخنزير و الضمير في خلافه يرجع الى ما يعتقدون اي لايلتزمون احكامنا في الشيء الذي يعتقدون خلاف ذلك الشيء كما انا نعتقد حرمة النكاح بغير شهود و هم يعتقدون خلاف ذلك (و ولاية الالزام) هذا جواب عن قولهما و ولاية

---

(١) بعث الى الاسود الخ و روى مسلم في صحيحه كتاب المساجد عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه مرفوعا بعثت الى كل احمر و اسود ص١٩٩ ج١ و مسند احمد ص٣٠٤ ج٣ و عن ابي ذر عند احمد ص١٤٥، ص١٤٨، ص١٦٢ ج٥ طبع قديم.

متحققة بالسيف أو بالمحاجة(١) و كل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا أمرنا بأن نتركهم و مايدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها، و الربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلوة السلام الا من أربى فليس بيننا و بينه عهد و قوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفي المهر و يحتمل السكوت

الالزام (متحققة) بيانه ان ولاية الالزام انما يتحقق (بالسيف او بالمحاجة)(٢) و ليست بموجودة (و كل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة، فانا امرنا ان نتركهم و مايدينون فصاروا كاهل الحرب) في عدم الالتزام و انقطاع الولاية (بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان) جواب عن قولهما كالزنا، بيانه ان القياس عليه غير صحيح لانه حرام في الاديان (كلها) فلم يكن دينهم خاصة حتى يتركون عليه (و الربا) كذلك جواب عن قولهما و الربا بيانه ان الربا (مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلوة و السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الا من أربى فليس بيننا و بينه عهد) هذا حديث غريب، و ذكره الاكمل و سكت عنه غير انه قال الا حرف تنبيه لا حرف الاستثناء، كذا السماع و النسخ. قلت هذا عجيب منه لان من ذكر انه حرف استثناء حتى يرده مؤكداً بقوله كذا السماع و النسخ، و اعجب منه ايضاً قول الاترازي هو حرف تنبيه لا حرف استثناء، كذا وقع السماع مراراً بفرغانة و بخاري، و كذا سكت عنه بقية الشراح، و هما أيضاً لو سكتا لكان أوجه، و روى ابن ابي شيبة في مصنفه(٣) في باب ذكر اهل نجران حدثنا عفان حدثنا عبدالواحد بن زياد حدثنا مجالد بن سعيد عن الشعبي قال كتب رسول الله صلي الله عليهوسلم الى نجران و هم نصارى من بايع منكم بالربا فلاذمة له، و هو مرسل، و روى ابوعبيد في كتاب الاموال(٤) باسناده عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران... الحديث و فيه لايأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتي منه بريئة (و قوله) أي قول محمد رحمه الله تعالى (في الكتاب) أي في الجامع الصغير او على غير مهر هذا قد مضى في اول الفصل و انما ذكره لبيان ان المسألة من مسائل الجامع الصغير و لبيان التفصيل في قوله (او على غير مهر يحتمل نفي المهر) بان يعقدا على ان لا مهر بينهما (و يحتمل السكوت) بان

---

(١) او بالمحاجة - ن - و بالمحاجة. (٢) او بالمحاجة اما المحاجة اي الاستدلال بان نثبت دعوانا بالدليل و اما السيف بان نقول التزموا و الا فنقتلكم كذا في حاشية الهداية عن عبدالغفور. (٣) ابن ابي شيبة في مصنفه كتاب المغازي باب ما ذكروا في اهل نجران الخ ص٥٥٠ ج١٤ و راجع نصب الراية ص٢٠٣ ج٣ و فتح القدير ص٢٦٠ ج٣. (٤) كتاب لاموال ص١٨٨ و كذا عند ابن سعد في طبقاته ص٣٦ الثاني من الاول كذا في حاشية نصب الراية و في الكفاية ص٢٦٠ج٣ و قال الله و اخذهم الربا وقد نهوا عنه بين انه كان حراما في دينهم انتهي.

و قد قيل في الميتة و السكوت روايتان و الاصح أن الكل على الخلاف، فان تزوج الذمى ذمية على خمر أو خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر و الخنزير، و معناه اذا كانا باعيانهما و الاسلام قبل القبض، و إن كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة، و في الخنزير مهر المثل، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لها مهر المثل في الوجهين، و قال محمد رحمه الله تعالى لها القيمة في الوجهين، وجه قولهما أن

يعقدا و يسكتا عن ذكر المهر، و قال صدر الشهيد في شرح الجامع الصغير، فالنفى على الاختلاف لامحالة و اما السكوت فانه يرجع فيه الى دينهم فان دانوا انه لايجب الا بالنص عليه كان على الاختلاف، و ان دانوا أنه يجب الا ان ينفي فانه يجب عند السكوت بالاجماع. و قال فخر الاسلام البزدوي و المتزوج بالميتة بمنزلة النفي لانه لا قيمة له عند احد، و الحق شمس الائمة السرخسي في المبسوط(١) الدم بالميتة لانهم لايتمولونهما كما لايتمولونهما المسلمون (و قد قيل في الميتة و السكوت روايتان) أي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية يجب مهر المثل كما قالا. و في رواية لايجب شيء (و الاصح ان الكل على الخلاف) رواية واحدة فعنده لاشيء لها، و عندهما لها مهر المثل. (فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر و الخنزير) هذه من مسائل الجامع الصغير (و معناه) اي معني قول محمد فلها الخمر و الخنزير (اذا كانا) اي الخمر و الخنزير (باعيانهما) اي اذا كانا معينين (و الاسلام) اي اسلامهما او اسلام احدهما كان (قبل القبض) اي قبل قبض الخمر و الخنزير (و ان كانا بغير اعيانهما) يعني كانا دينا في الذمة (فلها في الخمر القيمة، و في الخنزير مهر المثل و هذا) اي هذا كله سواء كانا عينين او دينين (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لها مهر المثل في الوجهين) اي في العين و غير العين، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى لها القيمة في الوجهين وجه قولهما) اي قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى انما جمع(٢) بين قوليهما و ان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابويوسف رحمه الله تعال بمهر المثل فيهما، و محمد رحمه الله تعالى قال فيهما بالقيمة و مهر المثل غير قيمة الخمر و الخنزير لانهما متفقان في انهما لايوجبان عين الخمر و الخنزير (ان

---

(١) المبسوط ص٤١ ج٥ و لفظه و ان تزوجها على ميتة او دم او غير شيء فالنكاح جائز و لها مهر مثلها لانه لايمتولون الميتة و الدم كما لايتمونهما المسلمون انتهى. (٢) انما جمع الخ كذا في العناية ص٢٦١ ج٣.

القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابويوسف رحمه الله تعالى يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل، فكذا هاهنا، و محمد رحمه الله تعالى يقول صحت التسمية لكون المسمى مالاً عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام(١) فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد، و لهذا تملك التصرف فيه و بالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها و ذلك لايمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب

القبض) اي قبض المهر المعين (مؤكد للملك في المقبوض) و لهذا لو هلك قبل القبض هلك من الزوج و عليه مثله ان كان مثلياً، و قيمته ان كان قيمياً و بعد القبض يهلك من المرأة و يتنصف بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضاً و بعد القبض لايعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضى او بالقضاء، و اذا مر يوم الفطر و الصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لايجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض و لاتجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده. (فيكون له شبه بالعقد) اي يكون للقبض شبه بالعقد من حيث انه مؤكد (فيمتنع بسبب الاسلام) اي يمتنع القبض بسبب الاسلام (كالعقد) اي كما لو ابتدأ التمليك بالعقد بعد الاسلام (و صار كما اذا كانا بغير اعيانهما) لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن، و القبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك اذا كانا باعيانهما كالعقد (و اذا التحقت حالة القبض بحالة العقد، فأبويوسف رحمه الله تعالى يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هاهنا، و محمد رحمه الله تعالى يقول صحت التسمية) حالة العقد لانهما كانا كافرين (لكون المسمى مالاً عندهم) اي عند اهل الذمة (الا انه امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض) فوجب القيمة (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد و لهذا تملك التصرف فيه) اي في المعين كيف شاءت ببدل و بغير بدل فلو هلك هلك على ملكها و كل ما يتم بنفس العقد لايحتاج فيه الى القبض للتملك، قوله و لهذا ايضاح لتمام الملك بنفس العقد في الصداق المعين (و بالقبض ينتقل) اي الملك (من ضمان الزوج الى ضمانها و ذلك) اي انتقال الضمان (لايمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب) يعني الذي اذا غصب منه الخمر ثم اسلم له ان يسترده من الغاصب و كذلك المسلم اذا تخمر عصيره، و هذا لانه

---

(١) للاسلام - ن - بالاسلام.

و في غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام، بخلاف المشترى لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض و اذا تعذر القبض في غير المعين لاتجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كاخذ عينه و لاكذلك الخمر لانها (١) من ذوات الامثال، الاترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر،

صورة اليد فلايحصل به ملك الرقبة و لا ملك التصرف، و صورة اليد لاتمنع بالاسلام، و في الحواشي(٢) و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الملك نوعان ملك الرقبة و ملك التصرف و كلاهما ثابت للزوجة قبل القبض و الفائت لها صورة اليد و لايمتنع ذلك بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره (و في غير المعين القبض يوجب ملك العين) لان حقها كان في الدين و انما يثبت في العين ابتداء بالقبض (فيمتنع بالاسلام) و في الاسرار(٣) و لئن سلمنا ان القبض يؤكد الملك في المقبوض و لكن لانسلم ان الاسلام يمنع تاكد الملك بدليل ان من باع عبداً بخمر و قبض الخمر، فان الملك فيه واه لجواز ان يهلك العبد عنده قبل التسليم اليه فالتسليم يقرر الملك، و هذا التسليم غير ممتنع بالاسلام، و ان كان فيه تاكد الملك في الخمر. و لو اشترى خمراً و قبضها و بها عيب ثم أسلم فانه يسقط خيار الرد، و ان كان في سقوطه تاكد الملك في الخمر، فعلم ان الاسلام لايمنع تاكد الملك في الخمر، و بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين يتم بالقبض، يعني بخلاف ما اذا باع الخمر و الخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض، فانه لايجوز له القبض بل ينفسخ العقد. و قال الاترازي رحمه الله تعالى (بخلاف المشتري) يجوز بفتح الراء و كسرها فعلى الاول يكون معناه ان الخنزير المشترى او الخمر المشتري لايجوز قبض ذلك بعد الاسلام، و على الثاني أن مشترى الخمر و الخنزير ليس له ان يقبضها بعد الاسلام (لان ملك التصرف انما يستفاد فيه) اي في المبيع (بالقبض) و الاسلام مانع منه (و اذا تعذر القبض في غير المعين لاتجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم) اي لان الخنزير من ذوات القيم لانه لا مثل له من جنسه (فيكون اخذ قيمته) اي قيمة الخنزير (كأخذ عينه) فكان فيه تقرير حكم عقد باشراه في الكفر لا على وجه الشرع (و لا كذلك الخمر لانه) اي لان الخمر، قال الكاكي ذكره على تاويل المذكور، و قال الاترازي على تاويل الشراب و هي من الاسماء المؤنثة السماعية (من ذوات الامثال) لان لها مثلا من جنسها (ألا ترى) توضيح لما قبله (انه) اي الزوج (لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر) اي المرأة (على القبول في الخنزير دون الخمر) كما لو أتى بالعين فيما اذا تزوج

---

(١) لانها - ن - لانه. (٢) الحواشي الخ و كذا في الكفاية و فتح القدير. (٣) الاسرار الخ كذا في فتح القدير ص٢٦٢ ج٣.

و لو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل أوجب المتعة، و من أوجب القيمة أوجب نصفها.

باب نكاح الرقيق

امرأة على خنزير، و لو تزوجها على خمر لايتخير بين اعطاء القيمة و بين اعطاء العين (و لو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة، و من اوجب القيمة أوجب نصفها) اي نصف القيمة و الذي اوجب مهر المثل مطلقاً هو ابويوسف رحمه الله تعالى والذي اوجب القيمة مطلقاً محمد رحمه الله و ابوحنيفة رحمه الله أوجب في الخنزير مهر المثل و في الخمر القيمة.

(باب نكاح الرقيق)

أي هذا باب في بيان حكم نكاح الرقيق، اي المملوك، و قد يطلق على الواحد والجمع، كذا في الصحاح(١) و في المغرب الرقيق العبد، و قد يقال للعبيد، و منه هولاء رقيقي. و في النهاية الرقيق المملوك فعيل بمعنى مفعول. قيل كانه نظر الى معناه الذي هو المملوك، فانه مفعول لانه من فعل متعد، و الاظهر ان الرقيق بمعنى فاعل لان الرق هو الضعف و هو لازم، و فيه تأمل، و قال الاترازي انما أخر هذا الباب عن فصل النصراني و النصرانية لما ان الرقيق لاينفذ نكاحه أصلاً الا اذا أذن له مولاه، بخلاف اهل الكتاب، فان لهم ولاية النكاح بانفسهم، فلما ذكر من لهم ولاية النكاح و هم المسلمون و اهل الكتاب الحق بهم من ليس لهم النكاح بانفسهم و هم الارقاء. و قدم هذا الباب على باب نكاح اهل الشرك لان الرق يتحقق في المسلم بقاء، و ان لم يتحقق ابتداء، والرقيق المسلم خير من المشرك الحر، قال الله تعالى و لعبد مؤمن خير من مشرك هذا ما عندي من وجه المناسبة. و قال بعض الشارحين انما اخره عن فصل النصراني لان الرق من آثار الكفر، و الاثر يعقب المؤثر و فيه نظر لانه يقتضى ان يكون وضع هذا الباب بعد نكاح اهل الشرك لما قال من المعنى انتهى. قلت اراد ببعض الشارحين صاحب النهاية السغناقي، فانه ذكر في كتابه هكذا، و في كلام الاترازي ايضاً نظر، لان المناسبة لاتراعي الا بين الابواب دون الفصول، و فصل النصراني و النصرانية داخل في ضمن باب المهر، و ليس بباب بالاستقلال، و ينبغي ان يذكر المناسبة بين باب المهر و بين باب نكاح الرقيق و اذا لوحظ ادنى شيء في المناسبة ففيه الكفاية فالمناسبة بين هذين البابين من حيث ان باب نكاح الرقيق قد صدر بنكاح الرقيق و الرقيق يكون مهرا اذا تزوج رجل امرأة على رقيق فاذا تزوج الرقيق باذن مولاه فالمهر دين في

---

(١) الصحاح و لفظه الرقيق واحد و جمع.

لايجوز نكاح العبد و الامة الا باذن مولاهما و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح،

رقبته يباع فيه (لايجوز نكاح العبد(١) و الامة الا باذن مولاهما) لايجوز اي لاينفذ كما في نكاح الفضولي، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين، و قال السروجي و كذا قال في البدائع و المفيد لايجوز نكاح المملوك بغير اذن سيده، و صوابه لاينفذ، فانه جائز صحيح، لكنه غير نافذ، بل نفاذه موقوف على اجازة المولى، و هو قول سعيد بن المسيب و الحسن و ابراهيم النخعي و منصور و الحكم، رواه عنهم ابن ابي شيبة(٢) قال شيخنا زين الدين رحمه الله تعالى و هو قول اهل الرأي و مالك فيما حكى الخطابي عنهم. و فرق الرافعي بين قول ابي حنيفة و مالك، فقال قال مالك يصح و للسيد فسخه. و قال ابوحنيفة موقوف على اجازة السيد. و قال شيخنا ايضاً لما روى حديث الباب فيه حجة على ان نكاح العبد بغير اذن سيده غير صحيح، و هو قول اكثر اهل العلم، منهم حماد بن سليمان و الاوزاعي و الشافعي و احمد و اسحاق، انتهي. قلت فعلى هذا قول صاحب الهداية لايجوز هو الصواب و كذا قال القدوري بلفظ لايجوز. فان قلت يؤيد هذا مارواه ابوداود(٣) اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل، قلت هذا الحديث ضعيف و هو موقوف على ابن عمر رضي الله تعالى عنهما. (و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح) قيد بالعبد لانه لايجوز للامة بالاجماع، لان النكاح من خواص الانسان فيبقي على اصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه آدمي، الا ترى انه يملك الطلاق و هو اثر النكاح فيملك سببه و هو النكاح، لان من ملك رفع شيء يملك وضعه، و لكن ذكر في الجواهر للمالكية لاينكح العبد الا باذن سيده، فان عقد بغير اذن سيده صح، و للسيد أن يطلق عليه بخلاف الامة، فان العقد عليها بغير اذنه باطل، و لايصح باجازته، و عنه للسيد فسخه او تركه كنكاح العبد، و هي شاذة، و المهر و النفقة لازمان له متعلقان بما يتحصل في يده من غير خراجه و لا من كسبه. و قال ابوعمر في التمهيد نكاحه موقوف على اجازة السيد، و ان طلقها العبد قبل اجازة سيده لكان طلاقاً لاتحل له الا بعد زوج. و في الاشراف لا حد عليه في الوطئ فيه روى ذلك عن الشعبي و النخعي و مالك و الشافعي و اسحاق و ابن حنبل، و قال داود و

---

(١) لايجوز نكاح العبد الخ راجع لهذا المبحث اوجز المسالك عنوان نكاح العبد ص٣٠٨ ج٤ و المغنى ص٤٠٩ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص١٣٠ ج١٦ و اعلاء السنن ص٩١ ج١١. (٢) ابن ابي شيبة في مصنفه ص١٤٥ ج٤/٢ عنوان العبد يتزوج بغير اذن سيده. (٣) ابوداود باب نكاح العبد بغير اذن مواليه ص٢٩١ ج١ و ابن ماجة باب تزويج العبد بغير اذن سيده ص١٤٢ و نصب الراية ص٢٠٤ ج٣ و فتح القدير ص٢٦٤ ج٣.

و لنا قوله عليه الصلوة و السلام أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، و لان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلايملكانه بدون اذن مولاهما. و كذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فيبقى في حق النكاح على حكم الرق، و لهذا لايملك المكاتب تزويج عبده و يملك تزويج أمته، لانه من باب الاكتساب،

اصحابه يحد بالوطئ حد الزاني اذا علم بالنهي، و هو مذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال فكان ابن عمر يرى نكاحه زنا و يروى عنه الحد و به قال ابوثور. (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم (أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر) هذا الحديث(١) رواه الترمذي من حديث جابر رضي الله قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر، و قال حديث حسن صحيح و رواه الحاكم في مستدركه و قال حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه و روى ابن ماجة(٢) من رواية مندل عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تزوج العبد بغير اذن سيده كان عاهراً، و قد مر الكلام فيه عن قريب قوله - عاهر - أي زان قاله الخطابي وغيره. (و لان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما) و لهذا لو اشترى عبداً او أمة فوجده متزوجا فله ان يرده (فلايملكانه) أي فلايملك العبد و الامة النكاح (بدون اذن مولاهما) قال الاكمل(٣) و في هذا التعليل جواب لمالك، لان مذهبه ليس كما نقله المصنف و قد بيناه، و قال الاكمل ايضا و استشكل بجواز اقراره بالحدود و القصاص، فان وجوب قطع اليد في السرقة و وجوب القصاص عيب فيهما على قولهما، و أما على قول ابي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق، و هو ايضا اقوى العيوب فولايته على هذا التعييب تزيل هذه النكتة. و اجيب بان الرقيق في حدود الله تعالى باق على حريته و الرق لايؤثر فيها، فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لايعتبر به انتهى. قلت هذا كله من كلام السغناقي رحمه الله تعالى (و كذلك المكاتب) اي و كذلك المكاتب لايجوز تزويجه بغير اذن مولاه (لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب) فينال بذلك شرف الحرية و النكاح ليس من باب الكسب (فيبقى في حق النكاح على حكم الرق) يعني رقبته مرقوقة في حق النكاح، كما كان (و لهذا) اي و لاجل بقائه في حكم النكاح على حكم الرق (لايملك المكاتب تزويج عبده) لانه ليس بكسب في حق الزوج (و يملك تزويج أمته لانه) أي لان تزويج أمته (من باب الاكتساب) اذ به يحصل المهر و النفقة، اذ كل

---

(١) هذا الحديث الخ راجع نصب الراية ص٢٠٣ ج٣ الترمذي باب ماجاء في نكاح العبد بغير اذن سيده ص١٣٢ ج١ و الحاكم في المستدرك ص١٩٤ ج٢. (٢) ابن ماجة ص١٤٢. (٣) الاكمل في العناية ص٢٦٤ ج٣.

و كذا المكاتبة لاتملك تزويج نفسها بدون اذن المولى و تملك تزويج أمتها لما بينا، و كذا المدبر و أم الولد لان الملك فيهما قائم، و اذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه، لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله و قد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعاً للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة.

مهر وجب للامة بعقد او دخول فهو للمولى (و كذا المكاتبة لاتملك تزويج نفسها بدون اذن المولى و تملك تزويج أمتها لما بينا) اشارة الى قوله - لانه من باب الاكتساب - (و كذا) أي و كذلك لايجوز نكاح (المدبر و أم الولد لان الملك فيهما قائم) و لهذا يعتقان اذا قال المولى كل مملوك لي حر، و في المبسوط الاب و الجد و القاضي و الوصي و المكاتب والمضارب و الشريك المفاوض يملكون تزويج الامة. (و اذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) و كذا النفقة دين في رقبته حتى لو مات العبد سقط المهر و النفقة، لان محل الاستيفاء قد فات، كذا ذكره التمرتاشي، و به قال احمد و بعض اصحاب الشافعي يباع فيه، اي في المهر (لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله) هذا دليل(١) لقوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب، تقريره هذا الدين وجب في الرقبة و كل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه، اما اصل الوجوب فلتحقق المقتضى و هو وجود السبب من أهله، اي من اهل التزوج، و السبب هو العقل و البلوغ و اما انه وجب في رقبته فلدفع المضرة عن اصحاب الديون و انتفاء المانع من جهة المولى، لوجود الاذن من جهته اشار اليه بقوله (و قد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعاً لمضرة اصحاب الديون) يعني النساء (كما في دين التجارة) اي كما يباع في دين التجارة، قياساً على دين الاستهلاك، و الجامع دفع الضرر عن الناس، و انما قيد التزوج باذن المولى، لان العبد او المدبر او المكاتب اذا تزوج بغير اذن المولى و دخل بها ثم فرق بينهما المولى فلامهر عليه حتى يعتق و مذاهب الثلاثة في هذا الباب ما ذكر في كتبهم، ففي المنهاج للشافعية السيد اذا اذنه لايضمن نفقته و لامهراً في الجديد، و هي في كسبه بعد النكاح فان كان ماذوناً له في التجارة ففيما في يده من المال، و كذا في رأس المال في الاصح. و في البسيط لهم، الاصح ليس في رأس المال، فان لم يكن ماذوناً له و لامكتسباً ففي ذمته، و في قول على السيد، و في الجواهر للمالكية النفقة و المهر لا زمان له متعلقان بما حصل له في يده مما ليس من خراجه و لا

---

(١) هذا دليل الخ و كذا في العناية.

و المدبر و المكاتب يسعيان في المهر و لايباعان فيه لانهما لايحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة و التدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما و اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه، فقال المولى طلقها او فارقها، فليس هذا باجازة، لانه يحتمل الرد، لان رد هذا العقد و متاركته يسمى طلاقاً و مفارقة، و هو اليق بحال العبد المتمرد، او هو ادنى، فكان الحمل عليه أولى، و ان قال طلقها تطليقة تملك

من كسبه. و في المغني(١) للحنابلة المهر يتعلق برقبته و يباع فيه الا ان يفديه المولى، و هذا بعينه قولنا، وفي شرح الوجيز للشافعية دين المهر و النفقة يتعلق بذمة العبد و يثبت الخيار للمرأة في القول الاصح. و في قول يجب على المولى، لان الاذن في النكاح في عبد لايكتسب التزام للمؤنات، و هذا في عبد لم يكن له كسب، فلو كان مكتسباً يجب في كسبه بعد النكاح، حتى لو حبسه المولى او استخدمه في زمان كسبه غرم للمرأة المهر و النفقة و هل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر و النفقة، فيه قولان انتهى، ثم ان العبد اذا بيع في مهرها و لم يف الثمن لايباع ثانياً لانه بيع في جميع المهر و يطالب بالباقي بعد العتق، و في دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانه يجب شيئاً فشيئاً، كذا ذكره التمرتاشي، و لو زوج عبده أمته لا مهر لها عليه و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و المدبر و المكاتب يسعيان في المهر و لايباعان فيه، لانهما لايحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة و التدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما) لتعذر الاستيفاء من الرقبة (و اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه، فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة) و قال ابن ابى ليلى يكون اجازة، و عند الشافعي و مالك و احمد لاينعقد هذا العقد اصلاً، و يصير لغواً فلاتلحقه الاجازة. و لو قال له طلقها فيما اذا بلغه الخبر ان الفضولي زوجه يكون اجازة (لانه) أي لان كلام المولى طلقها او فارقها (يحتمل الرد، لان رد هذا العقد و متاركته يسمى طلاقاً و مفارقة و هو اليق بحال العبد المتمرد) اي الرد اليق بحال العبد المتمرد، اي المارد الخارج عن الطاعة (او هو ادنى) اي الرد ادنى لانه منع من الثبوت و الطلاق رفع بعده، و الدفع اسهل من الرفع (فكان الحمل عليه) أي على الدفع (أولى) بخلاف مسألة الفضولي، لان الزوج يملك التطليق بالاجازة، فيثبت ضمناً له، لان فعل الفضولي اعانة له، فلايحمل على الرد، فان قلت(٢) الطلاق في الحقيقة لابطال تمليك النكاح و في الرد مجاز، و العمل بالحقيقة اولى قلت الحقيقة تترك بدلالة الحال، و هي الافتيات على رأى المولى (و ان قال طلقها تطليقة تملك

---

(١) المغنى ص٤١١ ج٧. (٢) فان قلت الخ كذا في الكفاية و العناية.

الرجعة فهذا (١) اجازة، لان الطلاق الرجعي لايكون الا في نكاح صحيح، فتتعين الاجازة و من قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحاً فاسداً و دخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يؤخذ منه اذا عتق و اصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد و الجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى. و عندهما ينصرف الى الجائز لا غير، فلايكون ظاهراً في حق المولى، فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف و التحصين،

الرجعة، فهذا اجازة، لان الطلاق الرجعي لايكون الا في نكاح صحيح، فتتعين الاجازة) و كذا قال اوقع عليها تطليقة، فان قيل(٢) اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال، او تزوج اربعاً من النساء لايثبت به العتق، و ان كان التكفير بالمال، و تزوج الاربع من النساء لايكون الا بعد الحرية، اجيب بان ما كان اصلاً في اثبات الاهلية في التصرفات الشرعية لايثبت اقتضاء، كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع. و في اثبات العتق ذلك بخلاف ما نحن فيه، فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية (و من قال لعبده تزوج هذه الامة) ذكر الامة لا فائدة فيه(٣) لانه لو قال هذه الحرة، فعلى هذا الخلاف، و كذلك لا فائدة في ذكر الاشارة في التعيين، لان الحكم في غير المعين كذلك (فتزوجها نكاحاً فاسداً و دخل بها، فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يؤخذ منه اذا اعتق) و لفظ الاصل، و اذا أذن له أن يتزوج واحدة فتزوجها نكاحاً فاسداً، فدخل بها أخذ المهر في حال الرق في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا شيء عليه حتى يعتق، و عند الشافعي رحمه الله تعالى في ذمته كقولهما، و في قول في رقبته، و في المغني(٤) و في تناوله الفاسد احتمال. (و أصله) أي اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد و الجائز عنده) أي يشملهما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى) بسبب اذنه فيباع (و عندهما ينصرف) اي الاذن (الى الجائز) اي النكاح الجائز (لاغير) يعني و لا ينتظم الفاسد و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في اظهر قوليه، و قد ذكرناه (فلايكون ظاهراً في حق المولى) و لايؤاخذ به العبد في الحال (فيواخذ به بعد العتاق، لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف) اي تحصيل العفة (و التحصين) أي

---

(١) فهذا – ن – فهو. (٢) فان قيل اذا قال المولى الخ كذا في العناية ص٢٦٦ ج٣. (٣) لا فائدة فيه الخ و في فتح القدير التقييد بالامة و الاشارة اتفاقي – اقول هذا التعبير احسن. (٤) المغنى ص٤١٢ ج٧.

و ذلك بالجائز، و لهذا لو حلف لايتزوج ينصرف الى الجائز، بخلاف البيع، لان بعض المقاصد حاصل، و هو ملك التصرفات، و له ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه، كما في البيع، و بعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب و وجوب المهر و العدة على اعتبار وجود الوطئ، و مسألة اليمين ممنوعة على

تحصين النفس عن الحرام (و ذلك) اي الاعفاف لايكون الا (بالجائز) أي النكاح الجائز قيد بالمستقبل، لان مراده في النكاح في الماضي تحقق المخبر عنه فحسب، لا التحصين لاستحالته (و لهذا) أي لاجل كون المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف (لو حلف لايتزوج ينصرف) يمينه (الى الجائز) و لاينصرف الى الفاسد فلايحنث بالفاسد. و لو حلف انه ماتزوج و قد كان تزوج فاسداً يحنث في يمينه لما ذكرنا ان مقصوده تحقق المخبر عنه، لا التحصين كذا في المبسوط. (بخلاف البيع) يعني لو أمره بالبيع ينتظم الفاسد و الصحيح (لان بعض المقاصد) و هو الاعتاق و الهبة و نحو ذلك من التصرفات (حاصل) و فسر قوله بعض المقاصد بقوله (و هو ملك التصرفات) و قد ذكرناه (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان اللفظ) و هو قوله تزوج (مطلق فيجري على اطلاقه) و لايتقيد بالصحة، لان الصحة و الفساد صفتا العقد و الاذن من المولى في اصل العقد، فلايتقيد بصفة دون صفة (كما في البيع) اي كما ان الامر بالبيع مطلق ينتظم الفاسد و الصحيح (و بعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل) كان هذا جواب عما يقال لا شيء يقصد به في النكاح، فاجاب بقوله - و بعض المقاصد حاصل - (كالنسب) اي كثبوت النسب (و وجوب المهر و العدة) أي وجوب العدة بشرط الدخول، اشار اليه بقوله (على اعتبار وجود الوطئ) و كذا سقوط الحد من بعض المقاصد. و في جامع قاضي خان العبد اهل لمباشرة النكاح، و انما يشترط رضي المولى فيه لتعلق المهر بماليته، و في هذا لا فرق بين الصحيح و الفاسد و في البدائع(١) لو اذن له في النكاح الفاسد نصا و دخل بها فيه يلزمه المهر في رقبته للحال بالاتفاق، و لو دخل في الموقوف ثم اجازه المولى ففي القياس(٢) يلزمه مهران، مهر بالدخول و مهر بالعقد بالاجازة، و في الاستحسان يلزمه مهر واحد (و مسألة اليمين ممنوعة على

---

(١) البدائع ص٣٣٦ ج٢ و لفظه و لو اذن له بنكاح فاسد نصا و دخل بها يلزمه المهر في الحال في قولهم جميعا اما على اصل ابي حنيفة فظاهر و اما على اصلهما فلان الصرف الى الصحيح لضرب دلالة اوجبت اليه فاذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة و الله عزوجل الموفق انتهى. (٢) القياس الخ كذا في البدائع ص٢٣٦ ج٢ و المبسوط للسرخسي ص١٢٨ ج٥.

هذه الطريقة و من زوج عبداً مديوناً له امرأة جاز، و المرأة اسوة للغرماء في مهرها، و معناه اذا كان النكاح بمهر المثل و وجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره، و النكاح لايلاقي حق الغرماء بالابطال مقصوداً الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له

هذه الطريقة) يعني طريقة اجراء اللفظ المطلق على الاطلاق، و لئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان مبنى الايمان على العرف، و قال الكاكي رحمه الله تعالى هذه طريقة أخرى، و في المسألة طريقتان(١) احداهما ذكرت في المتن. الثانية أن الحاجة الى اذن المولى لشغل رقبته بالمهر، لا لتمليك البضع، لان العبد في حقه يبقى على اصل الحرية، و مسألة اليمين ممنوعة على الطريقة الاولى، لا على الطريقة الثانية، على ما لايخفى و ثمرة اختلافهم في هذه المسألة تظهر فيما اذا جدد العقد عليها بشرائط الصحة بلا اذن او تزوج امرأة اخرى صحيحاً بغير اذن لايجوز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانتهاء الامر بالفاسد، و عندهما يجوز لعدم الانتهاء لانه لايتناول الفاسد، كذا ذكر في المبسوط(٢) (و من زوج عبداً ماذوناً له امرأة جاز) المراد بالمأذون(٣) المديون، صرح به في الكافي و جاز النكاح، والمهر في رقبته (و المرأة اسوة للغرماء في مهرها) و قال الشافعي رحمه الله تعالى المهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده الحاصل بعد النكاح، و في اظهر قوليه الربح سواء حصل بعد النكاح او قبله، و هل يتعلق برأس المال فيه وجهان، اظهرهما لايتعلق (و معناه) أي معنى قولنا و المرأة اسوة للغرماء (اذا كان النكاح بمهر المثل) تضرب المرأة في ثمن العبد بمهرها، و تضرب الغرماء على قدر ديونهم، و ذلك كما اذا استهلك العبد مال انسان يكون صاحب المال اسوة للغرماء (و وجهه) اي وجه كون المرأة اسوة للغرماء من حيث (أن سبب ولاية المولى) للانكاح (ملكه الرقبة على ما نذكر) اي فيما بعد هذه المسألة بقوله - و لنا ان الانكاح اصلاح ملكه - لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك (و النكاح لايلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا) قيد بقوله - مقصوداً - لان المانعية انما يتحقق بذلك، و أما اذا كان ضمنيا فلامعتبر به، و هاهنا كذلك، لان محلية النكاح بالآدمية، و حق الغرماء لايلاقيها. (الا انه اذا صح النكاح) بولاية المولى تحصيناً لملكه (وجب الدين بسبب لا مرد له) لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال، و اذا كان كذلك فشابه دين الاستهلاك، فان

---

(١) طريقتان الخ و نحوه في فتح القدير ص٢٦٧ ج٣ و الكفاية. (٢) المبسوط للسرخسي ص١٢٨ ج٥ و كذا في الفتح و الكفاية. (٣) المراد بالماذون المديون الخ ههنا نسخ مختلفة الاولى عبدا ماذونا له و الثانية عبدا مديونا له و الثالثة عبدا ماذونا له مديونا و الرابعة عبدا مديونا ماذونا له.

فشابه دين الاستهلاك و صار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء.
و من زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج و لكنها تخدم المولى، و يقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها، لان حق المولى في الاستخدام باق، و التبوئة ابطال له، فان بوأها معه بيتاً فلها النفقة و السكنى، و الا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس. و لو بوأها بيتاً ثم بدا

العبد الماذون المديون اذا استهلك مال انسان صار صاحب المال اسوة للغرماء (و صار) اي العبد الماذون المديون (كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء) أي غرماء الصحة و اراد بالاسوة المساواة في طلب الحق و اذا كان المهر اكثر منه، فلاتساويهم بل تؤخر(١) الى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض. فان قلت المهر يتعلق بمالية رقبته و فيه اضرار بالغرماء فوجب ان لايصح، قلت لا نسلم ذلك، فالنكاح لاتعلق له بمالية رقبته، و لهذا يصح نكاح الحر، و لا مالية في رقبته و الاخ و العم يزوجان الصغيرة، و ليس لهما ولاية التصرف في المال، و حق الغرماء يتعلق بالمالية، فلم يلاق وجوب المهر حقهم فصح فافهم. (و من زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج) يقال بوأه منزلاً(٢) و بوأه له اذا اسكنه اياه، و لا خلاف فيه لاحد الفقهاء، و لكن قال الشافعي(٣) و احمد رحمهما الله تعالى يستخدمها بالنهار و يسلمها ليلاً الى زوجها. و قال مالك رحمه الله تعالى يسلمها اليه ليلة بعد ثلاث، و يأتيها زوجها فيما بين ذلك عند اهلها. و في الجواهر للمالكية استخدام الامة لايبطل بالتزويج، و يحرم على السيد الاستمتاع بها، و ليس عليه ان يبوئها منزلاً الا ان يشترط ذلك في العقد، و به قال احمد بن حنبل رحمه الله تعالى و عندنا شرط ذلك باطل لايمنعه من استخدامها، لان الحق للزوج حل الوطئ بالنكاح لا غير. (و لكنها تخدم المولى، و يقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها، لان حق المولى في الاستخدام باق، و التبوئة ابطال له) اي لحق المولى (فان بوأها معه) اي مع الزوج (بيتاً فلها النفقة والسكنى على الزوج، و الا فلا) اي ان لم يبوئها معه فلايلزم النفقة و السكنى على الزوج (لان النفقة تقابل الاحتباس) يعني جزاء الاحتباس، و لم يوجد، لكن هذا في غير المكاتبة، لان المكاتبة لها النفقة و السكنى و ان لم توجد التبوئة و به صرح في شرح كتاب النفقات للخصاف، و الفرق بينها و بين الامة و المدبرة و ام الولد ان المولى لايملك استخدام المكاتبة، فلايحتاج الى تبوئة المولى بخلافهن، فان للمولى استخدامهن (و لو بوأها بيتاً ثم بدا

---

(١) بل تؤخر الى في الزائد على مهر المثل حاشية چلپى. (٢) بوأه منزلا و في العناية بوأت للرجل منزلا و بوأته منزلا اي هيأته و مكنت له فيه، وفي لسان العرب اباته منزلا و بوأه اياه و بوأه له و بوأه فيه بمعنى هيأه له و انزله و مكن له فيه. (٣) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع فتح القدير ص٢٦٩ ج٣.

له أن يستخدمها له ذلك، لان الحق باق لبقاء الملك فلايسقط بالتبوئة كما لايسقط بالنكاح قال رحمه الله تعالى ذكر تزويج المولى عبده و أمته و لم يذكر رضاهما، و هذا يرجع الى مذهبنا أن للولي اجبارهما على النكاح و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا اجبار في العبد و هو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان النكاح من خصائص الآدمية و

له) اي ثم ظهر للمولى (ان يستخدمها له ذلك) اي الاستخدام (لان الحق) اي حق المولى (باق لبقاء الملك) فيها (فلايسقط بالتبوئة، كما لايسقط بالنكاح) اي كما لايسقط حق المولى بانكاحه اياها، لان المستحق للزوج ملك النكاح لاغير، فان قلت ينبغي ان لاتسقط النفقة بالاستخدام بعد التبوئة كالحرة اذا منعت نفسها لاستيفاء الصداق، قلت القياس غير صحيح، لان في المقيس عليه وجد التفويت من قبل الزوج، فكان امتناعها بحق، فلم تسقط نفقتها، و فيما نحن فيه لم يوجد التفويت منه و النفقة جزاء الاحتباس، و لم يوجد فسقطت النفقة. فان قلت ينبغي ان يجب عليه النبوئة، لانه لما ملك الزوج منافع بضعه يجب عليه تسليمها، و التبوئة من التسليم، قلنا التبوئة أمر زائد على التسليم، فان التسليم يتحقق بدون التبوئة، بان قال له متى ظفرت بها وطئتها فلايلزمه التبوئة، جمعاً بين الحقين بقدر الامكان، و لو جاءت الامة بولد، فنفقة ولدها على مولاها، لانه مالكه لا على الاب، و ذكر في الجواهر ان للزوج المسافرة بها، و يخرج معها، و النفقة عليه اذا بوأها بيتاً و في المغني اذا اراد الزوج المسافرة بها فليس له ذلك، و ان اراد السيد السفر بها، قال ابن حنبل لا أدرى (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (ذكر) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (تزويج المولى عبده و امته، و لم يذكر رضاهما) يعني لم يقل ان رضاهما شرط لصحة النكاح ام لا، (و هذا يرجع الى مذهبنا) و هو تزويجه بلارضاها، و هو معنى قوله (لان للمولى اجبارهما على النكاح) قال في شرح الطحاوي للمولى ان يزوج امته على كره منها، صغيرة كانت او كبيرة بالاجماع. و اما العبد اذا كان صغيراً فكذلك، و ان كان كبيراً فكذلك عندنا في ظاهر الرواية. و روى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال لايجوز الا برضى العبد، و هو قول الشافعي المشار اليه بقوله (و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا اجبار في العبد) و به قال احمد رحمه الله تعالى (و هو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى) قال الوبري هو رواية الطحاوي عن ابي حنيفة و هي رواية شاذة، و قال الشافعي في القديم و مالك و احمدرحمهم الله تعالى في واية كقولنا، و هذا الخلاف في العبد، اما في الامة يجوز عقده عليها بغير رضاها بالاجماع، و لايجوز تزويج المكاتب و المكاتبة جبراً بالاجماع، و كذا في المستسعاة عند ابي حنيفة و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (لان النكاح من خصائص الآدمية و

العبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال، فلايملك انكاحه، بخلاف الامة، لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها، و لنا ان الانكاح اصلاح ملكه، لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان فيملكه اعتباراً بالأمة، بخلاف المكاتب و المكاتبة، لانهما التحقا بالاحرار تصرفاً فيشترط رضاهما، قال و من زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلامهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى، و قالا عليه المهر لمولاها

العبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلايملك انكاحه، بخلاف الامة، لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها) بلارضاها، لكونه تصرفاً في خالص ملكه (و لنا ان الانكاح اصلاح ملكه) يعني انه مملوكه يدا و رقبة فيملك كل تصرف يشعر بصيانة ملكه فيه، و النكاح منه (لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان) اذ بالجلد(١) ربما يهلك لخرق الجلد او يجرح فالنقصان لازم، الا ترى انه لو اشترى عبدا حد في الزنا، فله الرد، فكان في النكاح صونه عنه (فيملكه) بلا رضاه (اعتباراً بالامة) و الجامع قيام سبب الولاية، و هو ملك الرقبة و تحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان، و ليس المناط(٢) في جواز انكاح الامة جبراً تملك منافع بضعها، لانه لايطرد مع الاجبار و لاينعكس، فان الزوج يملك منافع بضع المرأة و لايقدر على تزويجها، و الولي يملك تزويج الصغيرة و لايملك منافع بضعها، فكان التعليل به فاسداً (بخلاف المكاتب و المكاتبة) هذا جواب عما يقال لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب و المكاتبة، و لم يجز، فاجاب بقوله بخلاف المكاتب و المكاتبة (لانهما التحقا بالاحرار تصرفاً) اي من حيث التصرف، في ملك السيد نظراً لهما، لقصور ملكه فيهما، لانهما مالكان يداً فيكون في تزويجهما تفويتاً لملك التصرف عليهما (فاذا كان كذلك فيشترط رضاهما) اي اذا اراد المولى تزويجهما (قال و من زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلامهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (و قالا عليه المهر لمولاها) اي على الزوج المهر لمولى الامة التي قتلها، قيد بقوله - ثم قتلها - لانه اذا قتلها اجنبي لايسقط المهر بالاتفاق، و قيد بقوله - قبل أن يدخل بها زوجها - لانه اذا قتلها بعد الدخول لايسقط بالاتفاق، و اذا غيبها المولى بمكان لايقدر عليه الزوج لايطالبه بالمهر بالاتفاق، و كذا اذا باعها في مكان لايقدر عليها او باعها من سلطان او غيره فذهب بها من المصر فانه

(١) اذ بالجلد الخ و في العناية ص٢٦٩ انه اذا حد ربما يقع الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك ماله و في الثاني نقصانه الخ. (٢) و ليس المناط الخ كذا في الشروح الثلاثة.

اعتباراً بموتها حتف انفها، و هذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي و له انه منع المبدل قبل التسليم فيجازي بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة.

يسقط المطالبة بالمهر عن الزوج، و كذا لو اعتقها قبل الدخول فاختارت نفسها. و اذا ارتدت الامة او الحرة قبل الدخول يسقط المهر بالاتفاق، و الحرة اذا قتلت نفسها قبل الدخول لايسقط بالاتفاق و الامة اذا قتلت نفسها فيه روايتان(١) عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و في المنهاج لو قتلت المرأة نفسها او قتلها اجنبي لايسقط مهرها عند الشافعي رحمه الله تعالى و في الجواهر لو قتلت الامة سيدها او قتلت نفسها لايسقط مهرها و كذا الحرة لو ماتت او قتلت نفسها او قتلها اجنبي (اعتبارا بموتها حتف انفها) اي قياسا على موتها حتف انفسها، قال في المغرب(٢) قولهم - مات حتف انفه - اذا مات على الفراش، قيل هذا في حق الآدمي ثم عم في كل حيوان اذا مات بغير سبب و قال ابن الاثير(٣) مات حتف انفه كانه سقط لانفه فمات، و الحتف الهلاك، كانوا يتخيلون أن روح المؤمن تخرج من أنفه، فاذا جرح خرجت من جراحته (و هذا) اي اعتبار قتلها بموتها حتف انفها (لان المقتول ميت باجله) لا اجل له سوى هذا عند اهل السنة و الجماعة (فصار) اي حكم هذا (كما اذا قتلها اجنبي) حيث لايسقط (و له) اي لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه) اي ان المولى (منع المبدل) و هو البضع (قبل التسليم) اي قبل تسليمه الى الزوج (فيجازي بمنع البدل) و هو المهر (كما اذا ارتدت الحرة) حيث يسقط مهرها مجازاة لفعلها، فكذلك هاهنا مجازاته تمنع البدل، و قال الكاكي اذا كان من اهل المجازاة تحقيقاً للمساواة، ثم قال و انما قيدنا بقولنا اذا كان من اهل المجازاة، لان الصغيرة لو ارتضعت من أم زوجها او المجنونة قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول، حتى بانتا لم يسقط المهر، لانهما ليسا من اهل

---

(١) روايتان الخ و في فتح القدير ص٢٧١ ج٣ روايتين عن ابي حنيفة في رواية لايسقط كالحرة بل اولي لان المهر لمولاها لا لها و هو لم يباشر منع البدل و هو قولهما و قول مالك و قول للشافعي و في رواية يسقط و هو مذهب الشافعي لان فعل المملوك الى مالكه في موجبه و لذا قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها. (٢) المغرب عنوان الحاء مع التاء. (٣) ابن الاثير في النهاية عنوان باب الحاء مع التاء و كذا في لسان العرب مادة حتف بالبسط كما هو دابه و فيه الحتف الموت و جمعه حتوف (بضم الحاء) مات حتف انفه هو ان يموت موتا على فراشه من غير قتل و لا غرق و لاسبع و لاغيره (و بعد اسطر) و يقال مات حتف انفيه لان نفسه تخرج بتنفسه من فيه و انفه و يقال ايضا مات حتف فيه و الانف والفم مخرجا النفس قال و من قال حتف انفيه احتمل ان يكون اراد سمى (بفتح السين و تشديد الميم المفتوح و سكون الياء) انفه و هما منخراه و يحتمل ان يراد به انفه و فمه فغلب احد الاسمين على الآخر لتجاورهما انتهى باختصار ما.

و القتل في احكام الدنيا جعل اتلافاً حتى وجب القصاص و الدية فكذا في حق المهر، و ان قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر، خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة و بقتل المولى أمته، و الجامع ما بيناه، و لنا ان جناية المرء على نفسه

المجازاة، بخلاف المولى فانه من اهل المجازاة، حتى يجب عليه الكفارة. و لو كان المولى صبياً قالوا يجب ان لايسقط المهر على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف الصغيرة اذا ارتدت حيث يسقط مهرها بالارتداد لان الارتداد محظور في حقها، و لهذا تحرم عن الميراث، و انما قيدنا الارتداد بالحرة، لان في ارتداد الامة(١) هل يسقط مهرها لا رواية عن اصحابنا فيه، و اختلف المشايخ فيه، قيل لايسقط، و قيل يسقط (و القتل في احكام الدنيا) هذا جواب عن قولهما، لان المقتول ميت باجله، بيانه ان القتل مؤقت في الحقيقة باجل عند الله تعالى، و لكن في احكام الدنيا (جعل اتلافاً حتى وجب القصاص) في العمد (و الدية) في الخطأ و هنا لايجب القصاص على المولى لاستحالة انه يجب عليه له لكن عليه الاثم (فكذا في حق المهر) يعني كما ان القتل جعل اتلافاً في حق القصاص و الدية، فكذا جعل اتلافاً في حق المهر، و جعل كانه غير الموت، (و ان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها، فلها المهر خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و في شرح الكافي خلافا للشافعي مكان خلافاً لزفر، ثم قال و في المبسوط قال الشافعي مكان زفر، و في الكافي ذكرهما، و هذا قول من الشافعي و في الحلية المنصوص انه لايسقط مهر مثلها. و في شرح الوجيز للاصحاب فيه طريقان اشهرهما ان المسألة على قولين بالنقل و التخريج، احدهما انه يسقط كما قال زفر، و الثاني لايسقط، و هو اختيار المزني (هو يعتبره بالردة) اي زفر رحمه الله تعالى يقيس حكم هذه المسألة على حكم الردة، يعني اذا ارتدت الحرة قبل الدخول بها (و بقتل المولى أمته) اي و يعتبر ايضا بقتل المولى أمته (و الجامع) اي الجامع بين المقيس، و هو قتل الحرة نفسها، و بين المقيس عليه، و هو ردة الحرة قبل الدخول، و قتل المولى أمته (ما بيناه) و هو أن من له حكم منع المبدل يجازي بمنع البدل، و قياس زفر على قتل المولى أمته، انما يصح على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان ابايوسف و محمدا رحمهما الله تعالى لايقولان بسقوط المهر في قتل المولى أمته (و لنا ان جناية المرء على نفسه

---

(١) ارتداد الامة الخ و في الكفاية ص٢٧٢ ج٣ و الامة اذا ارتدت او قبلت ابن زوجها فقد ذكر في الفوائد لا رواية فيه عن اصحابنا رحمهم الله تعالى ان المهر يسقط ام لا. من المشائخ من قال لايسقط لان المنع ما جاء من قبل من له الحق و هو المولى حتى يجازي بمنع البدل و منهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاها اذا فرغ من حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف المهر الى دينها انتهى و نحوه في فتح القدير.

غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها، بخلاف قتل المولى أمته، لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه و اذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عن ابي يوسف و محمد رحمهما الله ان الاذن اليها

غير معتبرة في حق احكام الدنيا) و لهذا قال ابوحنيفة و محمد رحمهما الله تعالى انها تغتسل و يصلي عليها (فشابه)(١) اي قتلها نفسها (موتها حتف انفها) فانها اذا ماتت حتف انفها لايسقط مهرها بالاتفاق (بخلاف قتل المولى أمته) جواب عن قوله و بقتل المولى أمته (لانه يعتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه) يعني اذا قتلها خطأ، و كذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين. (و اذا تزوج أمة فالاذن في العزل) و هو ان يطأها و يعزل شهوته(٢) عنها كيلا يتولد الولد (الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) العزل(٣) في الامة المملوكة حلال باجماع العلماء، و في الامة المنكوحة يجوز عند الشافعي في الاصح بدون الرضا و بالاذن عندنا، و عند الشافعي في وجه و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و لكن ولاية الاذن للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و عند ابي يوسف و محمد الاذن اليها) اي الامة، قاله الاترازي و في بعض نسخ الهداية، و عن ابي يوسف و محمد ان الاذن اليها و هي الاصح لان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل تزوج امة، فاراد ان يعزل عنها قال الاذن في العزل الى المولى، و لم يذكر الخلاف، فدل ان

---

(١) فشابه الخ وفي الكفاية ص٢٧٢ ج٣ فشابه موتها حتف انفها و هذا لان قتلها نفسها كموتها حتف انفها اذ لايمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت و لايتم الا عند سقوط اهلية الفعل فلايصح تحقيق الفعل منها و لهذا قال ابوحنيفة و محمد رحمهما الله تعالى انها تغسل و يصلى عليها و انما ينسب اليها مجازا و كذا حكما (لعل الصواب لا حكما) لانه لم يثبت عليها شيء من احكام القتل فبقى موتا حقيقة و حكما و تفويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت و بعده لم يبق اهلا للفعل اصلا فلايضاف التفويت اليها و المولى اهل فيضاف اليه لان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا انما يعتبر تفويتا بعد الموت و بالموت ينتقل المهر الى الورثة فلايسقط بتفويتها اما في الامة فلان مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه و هو يملك ابطال حق نفسه الخ و نحوه في فتح القدير. (٢) شهوته اي منيه و في عمدة القاري ص١٩٤ ج٢٠ عزل الرجل ذكره من الفرج لينزل منيه خارج الفرج فرارا من الاحبال. (٣) العزل الخ راجع لتحقيق مسئلة العزل فتح القدير ص٢٧٢ ج٣ و اوجز المسالك ص٤٤٣ الى ص٤٤٧ ج٤ و عمدة القاري باب العزل ص١٩٤ ج٢٠ و تكملة شرح المهذب ص٤٢١ ج١٦ مختصرا و المغنى و الشرح الكبير ص١٣٣ج٨ و قد اطنب الحافظ ابن حجر رحمه الله البحث عنه و افاد و اجاد في فتح الباري باب العزل ص٣٨٠ج٩ و شرح المسلم للنووي رحمه الله باب حكم العزل ص٤٦٤ ج١.

لان الوطئ حقها حتى ثبت(١) لها ولاية المطالبة، و في العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لأنه لا مطالبة لها، فلايعتبر رضاها. وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد، و هو حق المولى فيعتبر رضاه

ظاهر الرواية عنهما، كما قال ابوحنيفة، و لهذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير. و عن ابي يوسف و محمد ان العزل اليها، قلت و في خير مطلوب لم يذكر عنهما خلافاً و فيه و عنهما الاذن اليها، و في ملتقى البحار الامة تحت حر او عبد لايعزل الزوج عنها الا باذن المولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى رضيت الامة او لم ترض و عندهما لايعزل عنها الا برضى الامة رضى المولى او لم يرض و هكذا في البدائع و قاضي خان. و قال ابن حزم رحمه الله تعالى(٢) في المحلى لايحل العزل عن الحرة، و لا عن الامة، و قال ابن المنذر في الاشراف رخص في العزل عن جاريته جماعة من الصحابة(٣) كعلي بن ابي طالب و سعد بن ابي وقاص و زيد بن ثابت و ابى ايوب الانصاري و ابن عباس و جابر بن عبدالله و انس و ابي والحسن بن علي و خباب بن الارت رضي الله تعالى عنهم، و به قال سعيد بن المسيب و طاووس، و عن ابي بكر و عمر و ابن مسعود و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم كراهته. (لان الوطئ حقها) اي حق الامة المنكوحة (حتى تثبت لها ولاية المطالبة) فلا يجوز بغير رضاها (و في العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة) اي كما يشترط الرضي في الحرة، لان لها مطالبة الزوج بالوطئ بالاجماع، لان النكاح شرع صيانة لها عن السفاح، و ذا بقضاء الوطئ (بخلاف الامة المملوكة) حيث يجوز لمولاها ان يعزل عنها رضيت او لم ترض (لانه لا مطالبة لها) اي للامة المملوكة (فلايعتبر رضاها) و المكاتبة كالامة عند الجمهور، و قال قوم تخير المكاتبة، و صح ذلك عن الحسن، و هو قول عطاء و ابي قلابة و عبدالله بن زيد الجرمي، و قال سفيان الثوري ان تزوجها بعد الكتابة فلاخيار لها، و ان تزوجها قبل الكتابة فلها الخيار و قال قوم انما تخير تحت العبد، و لاتخير تحت الحر، و هو قول الحسن و الزهري و ابي قلابة و عطاء و عروة، و نسب ذلك الى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و هو قول ابن ابى ليلى و الاوزاعي و مالك و الشافعي و ابن حنبل و ابن راهويه و ابي سليمان و داود الظاهري رحمهم الله تعالى (وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد، و هو حق المولى فيعتبر رضاه) و لا حق للامة في قضاء الشهوة، لان النكاح

---

(١) ثبت - ن - تثبت. (٢) ابن حزم و في فتح الباري ص٣٨٥ ج٩ جزم ابن حزم رحمه الله تعالى بوجوب الوطئ و بتحريم العزل. (٣) الصحابة رضي الله تعالى عنهم راجع للآثار المتعلقة بمسئلة العزل جوازا او كراهة مصنف ابن ابي شيبة ص٢٢١ ج٤/٢ و مؤطا مالك ص٥٣٢ و شرح معاني الآثار باب العزل ص١٩ ج٢.

و بهذا فارقت الحرة و ان تزوجت أمة(١) باذن مولاها ثم

لم يشرع لها ابتداء، و بقاء و لهذا لاتتمكن من مطالبة مولاها بالتزوج و يعذر الزوج على ابطال نكاحها بلا استطلاع رأيها، و انما كانت الكراهة للولد، و الولد حق المولى، فيشترط رضاه لا رضاها و في جامع المحبوبي على هذا الخلاف حق الخصومة لو وجدت زوجها عنيناً فعنده يكون للمولى، و عندهما لها و به قال الشافعي و مالك و احمد و الاصل فيه ما روى ان الصحابة(٢) رضي الله عنهم استأذنوا النبي صلى الله عليه وسلم في العزل فأذن لهم. و قد جاء عن بعض المفسرين في قوله تعالى فأتوا حرثكم أنى شئتم ان شئتم عزلا و ان شئتم غير عزل لان اليهود يكرهون العزل و يقولون هو المؤودة الصغرى، فنزلت فأجمعوا في الحرة أن العزل لايجوز بغير رضاها، لكن ذكر في الفتاوى(٣) إن خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل في الحرة بغير رضاها لفساد الزمان. و كذا يسعها المعالجة لاسقاطه ما لم يستبن شيء من خلقه ثم اذا عزل(٤) باذن او بغير اذن و ظهر بها حبل هل يحل نفيه، قالوا ان لم يعد اليها او عاد لكن بال قبل العود يحل النفي، و ان لم يبل لايحل النفي، كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه، (و بهذا فارقت الحرة) اي بتعليلنا أن العزل يخل بمقصود الولد، و هو حق المولى فارقت الامة المنكوحة الحرة، لان لها الحق في الولد دون الامة، فلما وجد الفارق بطل القياس، (و ان تزوجت امة باذن مولاها ثم

---

(١) تزوجت امة باذن - ن - و ان تزوجت باذن. (٢) الصحابة رضي الله تعالى عنهم الخ روى عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال اصبنا سبايا فكنا نعزل ثم سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذالك فقال لنا و انكم لتفعلون الحديث مسلم باب حكم العزل ص٤٦٤ ج١ والبخاري باب العزل ص٧٨٤ ج٢ و في طريق لمسلم عن ابي سعيد رضي الله عنه قال ذكر العزل لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ولم يفعل ذالك احدكم و لم يقل فلايفعل ذالك احدكم و في رواية له عن جابر رضي الله عنه ان رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية هي خادمنا و سانيتنا و انا اطوف عليها و انا اكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شئت و في رواية له عن جابر رضي الله عنه قال كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذالك نبى الله صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا عنه و تفصيل روايات العزل في مسلم ص٤٦٥ ج١ و البخاري باب العزل ص٧٨٤ ج٢ و ابي داود باب ماجاء في العزل ص٣٠٢ ج١ و النسائي باب العزل ص٨٣ ج٢ و الطحاوي باب العزل ص١٩ ج٢ و سنن البيهقي باب العزل ص٢٢٨ ج٧ و ابن ماجة باب العزل ص١٤٠ و الترمذي باب ماجاء في العزل ص١٣٥ ج١. (٣) الفتاوى الخ كذا في الكفاية ص٢٧٣ ج٣ و فيه و انما يستبين خلقه في مائة و عشرين يوما. (٤) اذا عزل الخ و في فتح القدير ص٢٧٣ ج٣ و ان لم يبل لم يحل كذا روى عن علي رضي الله عنه لان بقية المنى في ذكره يسقط فيها الخ.

اعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها او عبداً، لقوله عليه الصلوة و السلام لبريرة رضي الله عنها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري، فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين، و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حراً و هو محجوج به

اعتقت فلها الخيار، حراً كان زوجها أو عبداً) يعني لها الخيار، سواء كان زوجها حال الاعتاق حراً او عبداً، إن شاءت اقامت معه، و ان شاءت اختارت نفسها ففارقته، و لا مهر لها ان لم يدخل بها الزوج، و ان كان دخل بها فالمهر واجب لسيدها، و ان اختارت زوجها فالمهر لسيدها، دخل الزوج بها او لم يدخل (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لبريرة رضي الله عنها(١) حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري) هذا اخرجه الدارقطني(٢) عن عائشة رضي الله تعالى عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة رضي الله عنها اذهبي فقد عتق معك بضعك، و رواه ابن سعد في الطبقات(٣) اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي هند عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت قد عتق بضعك معك، فاختاري، و هذا مرسل. و روى البخاري(٤) و مسلم عن القاسم عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت كانت في بريرة رضي الله عنها ثلاث سنن الى آخر الحديث، و فيه و عتقت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم من زوجها فاختارت نفسها (فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً) يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع، و لم يفصل بينهما اذا كان زوجها حراً او عبداً (فينتظم الفصلين) اي فيشمل الفصلين، و هو ما اذا كان زوجها حراً او عبداً (و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا) حيث لايثبت لها الخيار اذا كان زوجها حراً، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و هو محجوج به) اي الشافعي رحمه

---

(١) لبريرة رضي الله عنها الحديث راجع نصب الراية ص٢٠٤ ج٣ و اوجز المسالك كتاب الطلاق ما جاء في الخيار ص٣٦٣ ج٤ و عمدة القاري باب خيار الامة تحت العبد ص٢٦٦ ج٢ و فتح القدير ص٢٧٤ ج٣ و فتح الملهم كتاب العتق ص... ج٣ و اعلاء السنن باب خيار الامة اذا اعتقت الخ ص٩٢ ج١١ و فتح الباري باب خيار الامة تحت العبد ص٥٠٩ ج٩ و مابعده و المغنى ص٥٩١ ج٧ و شرح المسلم للنووي كتاب العتق ص٤٩٣ ج١.
(٢) الدارقطني ص٢٩٠ ج٣. (٣) الطبقات ص١٨٩ ج٨ في ترجمة بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها كذا في حاشية نصب الراية ص٢٠٤ ج٣. (٤) البخاري في مواضع منها في ص٧٦٣ و ص٧٩٥ ج٢ و مسلم في العتق ص٤٩٤ ج١ و ابوداود باب المملوكة تعتق و هي تحت حر او عبد ص٣٠١ ج١ عقب باب في الخلع. و الترمذي ابواب الرضاع باب ما جاء في الامة تعتق و لها زوج ص١٣٨ ج١ و النسائي كتاب الطلاق باب خيار الامة ص١٠٥ ج٢ و كذا في حاشية نصب الراية ص٢٠٥ ج٣.

الله تعالى محجوج بهذا الحديث لان التعليل بملك البضع مطلقاً ينتظم الفصلين. و اختلفت الروايات في زوج بريرة رضي الله عنها هل كان حراً او عبداً حين خيرت، فان اصحابنا لايفرقون بين الحر والعبد في ثبوت الخيار لها، و الشافعي رحمه الله تعالى يقول لها الخيار في العبد دون الحر فمن احاديث(١) انه كان حراً ما رواه الجماعة الا مسلماً من حديث ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت يارسول الله صلى الله عليه وسلم اني اشتريت بريرة لاعتقها ... الحديث، و في آخره قال الاسود فكان زوجها حراً، و قال البخاري قول الاسود منقطع، و قول ابن عباس رأيته عبداً أصح. و اخرجه البخاري ايضا عن الحكم عن ابراهيم به و في آخره قال الحكم و كان زوجها حراً، قال البخاري و قول الحكم مرسل. و من احاديثه انه كان عبداً(٢) ما رواه الجماعة الا مسلماً عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان زوج بريرة رضي الله عنها كان عبداً اسود يقال له مغيث ... الحديث. و منها ما رواه ابوداود(٣) من حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة محيلا على ما قبله في قصة بريرة، و زاد و قال و كان زوجها عبداً فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها، و لو كان حراً لم يخيرها و منها ما اخرجه مسلم(٤) و ابوداود و النسائي عن سماك عن عبدالرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها ان بريرة خيرها رسول الله صلي الله عله وسلم و كان زوجها عبداً. و منها ما اخرجه البيهقي(٥) عن نافع عن صفية بنت ابي عبيد أن زوج بريرة كان عبداً، و قال اسناده

---

(١) فمن احاديث انه كان حرا الخ راجع نصب الراية ص٢٠٥ ج٣ و البخاري كتاب الفرائض باب الولاء لمن اعتق و باب ميراث السائبة ص٩٩٩ ج٢ و ابوداود كتاب الطلاق باب من قال كان حرا ص٣١١ ج١ و الترمذي ابواب الرضاع باب ما جاء في الامة تعتق و لها زوج ص١٣٨ ج١ و النسائي كتاب الطلاق باب خيار الامة تعتق و زوجها حر ص١٠٥ ج٢ و ابن ماجة ابواب الطلاق باب خيار الامة اذا اعتقت ص١٥١. (٢) و من احاديثه انه كان عبدا نصب الراية ص٢٠٦ ج٣ و البخاري باب شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في زوج بريرة رضي الله عنها ص٧٩٥ ج٢ و ابوداود باب المملوكة تعتق و هي تحت حر او عبد ص٣١٠ ج١ و الترمذي باب ماجاء في الامة تعتق و لها زوج ص١٣٨ ج١ و النسائي كتاب القضاء عنوان شفاعة الحاكم للخصوم الخ ص٢١٠ ج٢ و ابن ماجة باب خيار الامة اذا اعتقت ص١٥١. (٣) ابوداود ص٣١١ ج١ و مسلم باب بيان ان الولاء لمن اعتق ص٤٩٤ ج١ و نصب الراية ص٢٠٧ ج٣. (٤) مسلم ص٤٩٤ ج١ و ابوداود ص٣١١ ج١ و النسائي باب خيار الامة تعتق و زوجها مملوك ص١٠٦ ج٢ و نصب الراية ص٢٠٧ ج٣. (٥) البيهقي في سننه باب الامة تعتق و زوجها عبد ص٢٢٢ ج٧ و نصب الراية ص٢٠٧ ج٣.

و لانه يزداد الملك عليها عند العتق، فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعاً للزيادة، و كذلك المكاتبة

صحيح، و قال الطحاوي(١) اذا اختلفت الآثار وجب التوفيق بينها فنقول انا وجدنا الحرية تعقب الرق و لاينعكس فيحمل على انه كان حراً عند ماخيرت عبداً قبله، و ان ثبت انه عبد فلاينفى الخيار لها تحت الحر اذا لم يجيء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه انما خيرها لكونه عبداً، انتهى و قال الكاكي و لو تعارضت الروايات بقي قوله عليه الصلوة و السلام ملكت بضعك فاختاري. (و لانه يزداد الملك) دليل معقول بيانه ان ملك الزوج يزداد (عليها) اي على الامة (عند العتق) اي عند عتقها، يعني عند اعتاق مولاها اياها، لانها كانت تخلص من زوجها قبل العتق بطلاقين، فبعد العتق لاتخلص منه الا بثلاث، و هي معنى قوله (فيملك الزوج بعده) اي بعد العتق (ثلاث تطليقات) فيزداد ملك الزوج عليها بسبب العتق بتطليقة، فيملك ثلاث تطليقات ثم هي لاتملك دفع تلك الزيادة الا برفع اصل النكاح (فتملك رفع اصل العقد دفعاً للزيادة) فأثبت الشارع لها الخيار، فلايتمكن من ذلك الا بربع اصل النكاح، فصار هذا كعبد بين اثنين كاتبه احدهما فللآخر ان يرد الكل، لان له ان يرد نصيبه و لايمكن ذلك الا برد الكل. و لهذا لو اختارت نفسها كان فسخاً لا طلاقاً كخيار البلوغ، لأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها و هو ملكها امر نفسها، و كل فرقة كانت بسبب جهة المرأة لايكون طلاقاً، ثم خيارها يقتصر على المجلس عندنا، و عند الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح على الفور، و في قول على التراخي، و في التراخي قولان في قول الى ثلاثة أيام، و في قول الى أن يمكنه من وطئها و ان اختارت نفسها، فان كان قبل الدخول فلامهر لها، لان فسخ النكاح جاء من قبلها و بعده فالمهر لسيدها، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. (و كذالك المكاتبة) هذا لفظ القدوري، و فسره المصنف

---

(١) الطحاوي كتاب الطلاق باب الامة تعتق و زوجها حر الخ ص٤٩ ج٢ و نصب الراية ص٢٠٨ ج٣ و قد لخص الزيلعي رحمه الله تعالى كلام الطحاوي باحسن وجه و في حاشية الطحاوي قال ابن حزم رحمه الله تعالى ما ملخصه انه لا خلاف في ان من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لان عنده زيادة علم ثم لو لم يختلف انه كان عبدا هل جاء في شيء من الاخبار انه عليه الصلوة و السلام انما خيرها لانها تحت عبد لايجدونها ابدا فلافرق بين من يدعى انه خيرها لانه كان عبدا و بين من يدعى انه خيرها لانه كان اسود فكل من ملكت نفسها تختار سواء كانت تحت حر او عبد و الى هذا ذهب ابن سيرين و طاوس و الشعبي ذكر ذلك عبد الرزاق باسانيد صحيحة و اخرجه ابن ابي شيبة عن النخعي و مجاهد و حكاه الخطابي عن حماد و الثوري و اصحاب الرأي و في التهذيب للطبري و به قال مكحول و في الاستذكار انه قول ابن المسيب ايضا انتهى ملخصا.

يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت، و قال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها، لان العقد نفذ عليها برضاها و كان المهر لها، فلامعنى لاثبات الخيار، بخلاف الامة.لانه لايعتبر رضاها، و لنا ان العلة ازدياد الملك و قد وجدناها في المكاتبة، لان عدتها قرآن و طلاقها ثنتان و ان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم اعتقت(١) صح النكاح،

بقوله (يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت) باداء بدل الكتابة كان لها الخيار، سواء كان زوجها حراً او عبداً لزيادة الملك عليها، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها، لان العقد نفذ عليها) اي على المكاتبة (برضاها، و كان المهر لها فلامعنى لاثبات الخيار) و تحقيق كلام زفر ان ثبوت الخيار من الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها، و سلامة المهر لمولاها، و هذا غير موجود هنا، لان المهر لها و لاينفذ نكاحها الا برضاها، و قال ابن ابى ليلى ان اعانها على بدل الكتابة لا خيار لها، و ان لم يعنها فلها الخيار (بخلاف الامة، لانه لايعتبر رضاها) في التزويج و قد ذكرناه. (و لنا ان العلة) اي علة اثبات الخيار للامة بعد العتق (ازدياد الملك عليها، و قد وجدناها) اي العلة و هي ازداد الملك عليها (في المكاتبة) و الدليل على ذلك قوله (لان عدتها) اي عدة المكاتبة (قرآن)(٢) اي حيضتان (و طلاقها ثنتان) و كذا ايلاؤها شهران، فازداد كل ذلك بالعتق كما في الامة اذا عتقت، فيكون لها الخيار، و لانه عليه الصلوة و السلام خير بريرة رضي الله عنها و هي مكاتبة و لو قيل يحتمل انها لم تكن مكاتبة وقت النكاح، و حينئذ لم يكن نفوذ نكاحها برضاها قلنا الظاهر انها كانت مكاتبة وقت النكاح لان الحال يدل على ما قبله على انه عليه الصلوة و السلام رتب الخيار على ملك بضعها، فكانت علة لثبوت الخيار و العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب فان قيل المكاتبة مالكة لبضعها قبل العتق، و لهذا يكون البدل لها، و لم يحل للمولى وطئها، فلم يتناول النص، قلنا انها ليست بمالكة لبضعها، لانها لاتملك نفسها، و بعضها جزؤها فلاتملكه، و ان وجب البدل لها لانها احق باكتسابها، و لم يحل وطئها لانه من منافعها (و ان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح) و في المبسوط و كذا الحكم في العبد لو تزوج بغير رضى المولى، ثم اعتق و كذا لو باعه ثم اجاز المشترى فكان التخصيص(٣) بالامة لبناء مسئلة تليها و هي

(١) اعتقت – ن – عتقت. (٢) قران تثنية قرء بالفتح و الضم الاول افصح جمع قروء على وزن شهود يطلق للحيض و للطهر الفاصل بين الحيضتين كذا في تفسير روح المعاني ص١٣١ ج٢. (٣) التخصيص بالامة الخ و في العناية ص٢٧٦ ج٣ و انما خصص الامة بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لاتتأتى في حق العبد و يجوز ان يكون تخصيصه بالامة لتفريع مسئلة الخيار لانها تختص بالاماء دون العبيد انتهى.

لانها من أهل العبارة و امتناع النفوذ لحق المولى، و قد زال. و لاخيار لها، لان ا لنفوذ بعد العتق، فلاتتحقق زيادة الملك، كما اذا زوجت نفسها بعد العتق، فان كانت تزوجت بغير اذنه على ألف و مهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى، لانه استوفى منافع مملوكة للمولى، و ان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها، لانه استوفى منافع مملوكة لها، و المراد بالمهر الالف المسمى،

المسألة المتعلقة بالخيار و قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لايصح لانه نكاح الفضولي، و بعبارة النساء فلاتنعقد اصلا عندهم، و في المبسوط و عن زفر رحمه الله تعالى انه يبطل النكاح (لانها) اي لان الامة (من اهل العبارة) حتى لو اقرت بدين صح، و تطالب بعد العتق و اهلية العبارة من خواص الآدمية و هي فيها مبقاة على اصل الحرية فينعقد نكاحها. (و امتناع النفوذ لحق المولى) هذا جواب عما يقال، اذا كان الامر كما ذكرت فلم لاينفذ نكاحها، فاجاب بان امتناع النفوذ اي نفوذ النكاح لحق المولى (و قد زال) اي حقه بالعتق (و لا خيار لها) لان النفوذ بعد العتق (فلاتتحقق زيادة الملك) للمولى (كما اذا زوجت نفسها بعد العتق) حيث يسقط حق المولى و يتم نفاذ النكاح بعد الحرية من جهتها (فان كانت تزوجت بغير اذنه) اي اذن المولى (على الف درهم و مهر مثلها مائة) اي و الحال ان مهر مثلها مائة (فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى) اي لمولاها و النكاح صحيح، و لاخيار لها، و في نفاذ النكاح خلاف زفر رحمه الله تعالى كما في المسألة المتقدمة، انما قال مهر مثلها مائة ليعلم ان المسمى و ان زاد على مهر المثل فهو للمولى، اذا كان الدخول قبل العتق، و انما كان المهر كله للمولى (لانه) اي لان الزوج (استوفى منافع مملوكة للمولى) فيجب البدل له (و ان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها، لانه استوفى منافع مملوكة لها) فيجب البدل لها (و المراد بالمهر الالف المسمى) هذا جواب عما يقال كان ينبغي ان يكون للمولى مهر المثل بالدخول قبل العتق بالغاً ما بلغ، كما قال الشافعي رحمه الله تعالى وغيره و هو القياس فاجاب(١) بقوله و المراد بالمهر اي المراد بالمهر

---

(٢) فاجاب بقوله و المراد بالمهر الخ و في العناية ص٢٧٧ ج٣ و انما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف و مهر المثل مائة ليعلم ان المسمى و ان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق و كان ينبغي ان ما يوازي مهر المثل للمولى و ما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه و البضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه و جوابه ما ذكره في الكتاب و المراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد الخ.

لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد، فصحت التسمية و وجب المسمى و لهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف، لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ، فلايوجب الا مهراً واحداً و من وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له، و عليه قيمتها و لا مهر عليه.

المذكور في قوله فالمهر للمولى، وهي قوله فالمهر لها هو الالف المسمى لا مهر المثل (لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد) لان وجوب المهر بالدخول، انما يكون باعتبار العقد (فصحت التسمية و وجب المسمى) للمولى اذا اعتقها بعد الدخول، و للامة اذا اعتقها قبله، فان قيل(١) كيف يستند الجواز الى وقت العقد، و المانع من الاسناد قائم، لان المانع من الجواز هو الملك و الملك قد زال بالعتق مقتصرا الا ترى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة(٢) على زوج كان لها، قبل ذلك و تزوجت(٣) بغير اذن المولي فدخل بها فاعتقها المولى لاتحل على الزوج الاول باعتبار ان العتق غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق. اجيب بان ما ذكرته قياس لان القياس هو ان يلزمه مهران، مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح، و هو مهر المثل، و مهر بالنكاح و هو المسمى لماذكرت من وجود المانع عن الاستناد، الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد، و هو المسمى وقت العقد، لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد، اذ لولاه لوجب الحد، فكان المهر واجباً بالدخول مضافاً الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد، جمع بين المهرين بعقد واحد و هو ممتنع. (و لهذا) اي و لاجل نفاذ العقد مسنداً الى وقت وجوب العقد و صحة التسمية (لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ) اي نفاذ العقد مستندا الى أصله (فلايوجب) اي العقد المتحد (الا مهراً واحداً) لانه لايجوز ان يكون في العقد الواحد مهران. (و من وطئ أمة ابنه(٤) فولدت منه فهي ام ولد له) أي للأب، و هذا اذا ادعاه الاب و ثبت النسب منه، و انما يثبت اذا كانت الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة (و عليه قيمتها) أي على الاب قيمة الجارية (و لا مهر عليه) أي الأب، أي العقر اذا ادعى الولد، سواء صدقه الابن او لم يصدقه، و تصير امته ام الولد للاب و به قال احمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في الصحيح، و قال المزني لاتصير أم ولد له، روى ذلك عن مالك رحمه الله تعالى لانها ليست ملكاً له وقت الاحبال. و في المبسوط وغيره العقر عبارة عن مهر المثل، و في

---

(١) فان قيل كيف الخ كذا في العناية و الكفاية ص٢٧٧ ج٣. (٢) حرمة غليظة اي بان طلقها اثنتين. (٣) تزوجت اي بزوج آخر كذا في حاشية الچلپي. (٤) من وطئ امة ابنه الخ راجع المغنى ص٥٢٩ ج٧.

و معنى المسألة ان يدعيه الاب، و وجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء، فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء،

مبسوط شيخ الاسلام ينظر الى هذه المرأة بكم كانت تستأجر للزنا مع جمالها، لو جاز الاستئجار على الزنا، فالقدر الذي يستأجر على الزنا يجعل مهراً، و قال السروجي بعد قوله و لا مهر عليه، و قال زفر و الشافعي و ابن حنبل رحمهم الله تعالى يجب المهر، و في المنهاج يجب به عليه مهر و لا حد على المذهب و في القديم يجب الحد، فان احبلها فالولد حر نسباً و الجارية تصير أم ولد في الاظهر اذا لم تكن أم ولد ابنه و عليه قيمتها مع المهر لاقيمة ولده في الاصح. و في المغنى ان علقت منه صارت أم ولده، و هو قول الثوري و اسحاق، ذكره ابن المنذر، و قال ابوثور ان علم انها لاتحل له يجب الحد و لايلزم الاب قيمة الجارية و لاعقرها و لاقيمة الولد عند احمد. قال و قال الشافعي يلزمه ذلك كله اذا حكم بانها أم ولده. و قال ابن قدامة في المغني و قال ابوحنيفة يلزمه ضمانها لانه اتلفها عليه و حرمه وطئها و قال السروجي و غلط في النقل، و هو كثير الخطأ و الغلط في نقل مذهبنا، و لو كان الابن زوجها اباه جاز النكاح عندنا، و هو قول اهل العراق، و عند اهل الحجاز لايجوز، و هو قول ابن حنبل رحمه الله تعالى. و في المبسوط لايجوز للاب أن يتزوج بجارية ابنه عند الشافعي رحمه الله تعالى و اعلم ان وطى جارية الابن لاتحل عند عامة العلماء، و قال ابن ابى ليلى لابأس به اذا احتاج اليه، و هو مذهب أنس بن مالك رضي الله عنه قياساً على الطعام، و لكن الصحيح قول العامة، قال السروجي و اجمعوا على ان الاب يحرم عليه وطئ امة ابنه، و ذكر التمرتاشي ان الاب لو كان عبداً او مكاتباً او كافراً لم تجز دعوته لعدم الولاية و الجد كالاب عند عدمه، و اما ابو الام فلا ولاية له بحال، كذا في جامع المحبوبي(١). (و معنى المسألة أن يدعيه الاب) انما فسر المسألة بهذا لانها من مسائل الجامع الصغير و لم يذكر فيه الدعوى، بل قال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ابنه فولدت منه، قال هي أم ولده و عليه قيمتها، و لا مهر عليه، و انما ذكر القدوري الدعوة في باب الاستيلاد، فقال و اذا وطئ الاب جارية ابنه فجاءت تبولد فادعاه، يثبت نسبه، و صارت أم ولده و عليه قيمتها و ليس عليه عقرها و لا قيمة ولدها. (و وجهه) اي وجه ما قلنا (ان له) اي ان للاب (ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء) اي صيانة نفسه، لقوله عليه الصلوة و السلام أنت(٢) و مالك لابيك (فله) اي فللأب (تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء) لان الماء جزءه

---

(١) جامع المحبوبي و كذا في الكفاية ص. ٢٨ ج٣. (٢) انت و مالك لابيك رواه الامام احمد في مسنده ص٤١٥ ج٢ طبع جديد حديث ٦٨٦٣ و في رواية له انت و مالك لوالدك حديث ٦٦٤٠ و حديث٦٩٦٢ و =>

غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة و الطعام بغير القيمة، ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطاً له، اذ المصحح حقيقة الملك او حقه، و كل ذلك غير ثابت للاب فيها، حتى يجوز له التزوج بها فلابد من تقديمه، فتبين ان الوطئ يلاقي ملكه، فلايلزمه العقر، و قال زفر و الشافعي رحمهما الله يجب المهر، لانهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاد،

فوجب صون مائه عن الضياع بمال الابن، و ذلك بتملك جاريته لتصحيح فعل الاستناد، اذا الاستناد اذا خلا عن الملك لغى، و اذا تملكها غرم قيمتها لابنه، لان حاجته ليست بكاملة، لانها ليست من ضرورات البقاء، (غير ان الحاجة) هذا جواب عما يقال لو كانت صيانة الماء كبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام، فاجاب بقوله غير ان الحاجة (الى ابقاء نسله دونها) اي دون الحاجة (الى ابقاء نفسه) و لهذا لايجبر الولد على اعطاء الجارية والده للاستيلاد لكونه غير ضروري (فلهذا يتملك الجارية بالقيمة و الطعام) اي يتملك الطعام (بغير القيمة) لانه ضروري (ثم هذا الملك) اي للاب هذا جواب عما يقال بطريق المعارضة، فان الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك، كما في المكاتبة و ليس بشيء من ذلك بموجود فاجاب بقوله ثم هذا الملك (يثبت قبل الاستيلاد شرطاً له) اي حال كونه شرطاً للاستيلاد اي لصحة الاستيلاد (اذ المصحح) يعني للاستيلاد (حقيقة الملك) كما في المملوكة (أو حق الملك) كما في المكاتبة (و كل ذلك) اي حقيقة الملك او حق الملك (غير ثابت للاب فيها، حتى يجوز له التزوج بها) برفع يجوز، كقولهم مرض فلان حتى لايرجونه و هو نتيجة لعدم ثبوت حقيقة الملك، و حق الملك في جارية الابن للأب، يعني جاز للأب التزوج بجارية الابن، فلو كان فيها حق لم يجز (فلابد من تقديمه) اي تقديم الملك على الوطئ كيلا يقع فعله حراماً، او لكونه شرطاً لصحة الاستيلاد و شرط الشيء يسبقه (فتبين ان الوطئ يلاقي ملكه) اي كان الوطئ وقع في ملكه (فلايلزمه العقر و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب المهر لانهما) اي لان زفر والشافعي رحمهما الله تعالى (يثبتان الملك حكما للاستيلاد) فانه سقط الاحصان بهذا الوطئ، و لو كان في الملك لما

=> ابوداود كتاب البيوع باب الرجل ياكل من مال ولده ص١٤١ ج٢ و في رواية عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه و ان ولده من كسبه و في رواية فكلوا من كسب اولادكم روا النسائي في اول كتاب البيوع ص٢١٠ ج٢ و ابوداود ص١٤١ ج٢ و مسند احمد ص٣١، ٤٢، ١٩٣، ٢٢٠ ج٦ و فتح القدير ص٢٨١ ج٣ و تفصيل المآخذ في الموسوعة ص٥٤٦ ج٢ و ص٣٧ ج٣

كما في الجارية المشتركة، و حكم الشيء يعقبه و المسألة معروفة قال و لو كان الابن زوجها أباه فولدت(١) لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه و عليه المهر و ولدها(٢) حر لانه صح التزوج عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه، فمن المحال أن يملكها الاب من وجه،

سقط وحد قاذفه (كما في الجارية المشتركة) فانه اذا استولدها احدهما و ادعى ولده فانه يثبت نسبه، و يجب عليه نصف العقر (و حكم الشيء يعقبه) لان الاثر بعد المؤثر، و حكم الشيء الاثر الثابت به و الجواب عن ما قالاه قد مر و فيما قالاه ينبغي ان يجب الحد لان حال وجود الوطئ خلا المحل عن الملك او شبهة الملك، الا ترى ان بهذا الوطئ يثبت الاحصان بالاجماع، حتى لو قذفه انسان يجب على قاذفه حد القذف نص عليه شمس الائمة السرخسي، أما في الجارية المشتركة الملك موجود قبل الوطئ فلايحتاج الى تقديم التملك لصحة الاستيلاد، و لكن ملكه ناقص فيجب نصف العقر بمصادفة الوطئ ملك الغير من وجه. فان قيل من العجب ان الجارية لو كانت مشتركة بين الاب و الابن و ولدت و ادعاه الاب يثبت النسب و يجب العقر اجماعا قلنا الفرق ظاهر لان الوطي فيما نحن فيه صادف المحل الخالي عن الملك و شبهته فمست الحاجة الى تقديم الملك شرطا لصحة الاستيلاد و اما في الجارية المشتركة فلم يصادف المحل الخالي عن الملك و شبهته فمست الحاجة الى تقديم الملك شرطا لصحة الاستيلاد في الكل فيجب نصف العقر، كما في المشتركة بين الواطئ و بين اجنبي، كذا في جامع المحبوبي (و المسألة معروفة) اي في الجامع الصغير وغيره (قال و لو كان الابن زوجها اباه فولدت منه) اي من الاب (لم تصر ام ولد له) اي للاب (و لا قيمة عليه) اى على الاب (و عليه) اي على الاب (المهر و ولده حر، لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى) فعنده لايجوز تزوجه جارية الابن، لان للاب حق الملك في مال ولده، حتى لو وطئ جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يلزمه الحد، و كل من له حق الملك في جارية لايجوز تزوجه اياها، كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه، لان حق الملك في مال ولده ظاهر، الا ترى ان استيلاده في جارية ابنه صحيح، و استيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح. و لنا ما ذكره المصنف بقوله (لخلوها) اي لخلو الجارية (عن ملك الاب، الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه) بدلالة حل الوطئ و نفاذ الاعتاق(٣) (فمن المحال ان يملكها الاب من وجه) لان الجمع بين الملكين لشخصين في محل واحد، في زمان واحد ممتنع و لو كان للاب فيها حق ملك

---

(١) فولدت -ن- فولدت منه. (٢) ولدها -ن- ولده. (٣) الاعتاق و كذا صحة البيع و الرهن و الهبة- العناية.

و كذا ملك من التصرفات ما لايبقى معها ملك الاب لو كان، فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة، فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناً به فلم يثبت ملك اليمين فلاتصير أم ولد له، و لا قيمة عليه فيها و لا في ولدها، لانه لم يملكهما و عليه المهر لالتزامه بالنكاح و ولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق(١) عليه بالقرابة قال و اذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح،

لم يحل للابن وطئها كالمكاتب لايحل له وطئ أمته. (و كذا يملك) الابن (من التصرفات) كالوطئ و البيع و التزويج و الهبة و الاعتاق و الاجارة وغيرها (ما لا يبقى معها) اي مع هذه التصرفات (ملك الاب لو كان) اي ملك الاب (فدل ذلك على انتفاء ملكه) اي ملك الاب (الا انه يسقط الحد) هذا جواب عما يقال من جهة الخصم، يعني ينبغي ان يجب الحد بالوطئ لما لم يثبت للاب حق الملك، فاجاب بقوله - (الا انه يسقط الحد) عن الاب (للشبهة) اي لشبهة الملك بظاهر الحديث: أنت و مالك لابيك (فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناً به) اي بالنكاح (فلم يثبت ملك اليمين) لعدم الحاجة اليه (فلاتصير أم ولد له) اي للاب و قال زفر رحمه الله تعالى تصير ام ولد له لانه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له فاذا استولدها بالنكاح او شبهة النكاح أولى أن تصير أم ولد له و لنا ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلايحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء (و لا قيمة عليه فيها) اي و لا قيمة بواجبة على الاب في الجارية (و لا في ولدها) اي و لا عليه قيمة في ولد الجارية (لانه) اي لان الاب (لم يملكهما) اي لم يملك الجارية و الابن (و عليه المهر لالتزامه) اي لالتزام الاب (بالنكاح) اي بسبب النكاح التزم المهر (و ولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه) و به قال مالك رحمه الله تعالى، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا عتق في ملك غير الوالدين و المولودين على ما يجئ في الاعتاق. و عن حميد الدين الضرير فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال و عند البعض يعتق بعد الانفصال و ثمرته تظهر في الارث، حتى لو مات المولى و هو الابن يرث الولد على قول من قال يعتق قبل الانفصال، و على قول من قال لايعتق قبل الانفصال لايرث. اذا مات المولى قبل الولادة لان الرق مانع من الارث، قيل الوجه هو الاول، لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق، فكما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث (قال) محمد في الجامع الصغير (و اذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل) اي ما قالته (فسد النكاح) اي انفسخ، و به

---

(١) فيعتق - ن - فعتق.

و قال زفر رحمه الله لايفسد و أصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا، حتى يكون الولاء له، و لو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها و عنده يقع عن المأمور لانه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه، و هذا محال، لانه لا عتق فيما لايملكه ابن آدم فلم يصح الطلب، فيقع العتق عن المأمور. و لنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء، اذ الملك شرط لصحة العتق عنه، فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف، ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه، و قوله اعتقت تمليكاً منه ثم الاعتاق عنه، و اذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين.

قال الشافعي رحمه الله تعالى و للمولى على الزوجة ألف (و قال زفر رحمه الله تعالى لايفسد و اصله) اي اصل هذا الخلاف (انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له، و لو نوى به الكفارة) اي و لو نوى بعتقه الكفارة التي عليه، اي كفارة كانت (يخرج عن عهدتها) اي عهدة الكفارة (و عنده) اي عند زفر رحمه الله تعالى (يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه و هذا محال لانه لا عتق(١) فيما لم يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور) اي لم يصح طلب العتق عن الآمر، فوقع عن المامور، (و لنا انه) اي ان الشأن (أمكن تصحيحه) اي تصحيح طلب الاعتاق منه (بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) و هو جعل غير المنطوق منطوقاً لصحة المنطوق، و زفر رحمه الله تعالى لايقول بالاقتضاء (اذ الملك شرط لصحة العتق عنه، فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه) فيصير كانه قال العبد الذي كان لك الى الآن ملكه لي بألف، و اعتقه عني، فان قيل كيف يصح هذا، و لو صرح به بان قال ملك عبدك عني ثم كن وكيلاً بالاعتاق لايصح. قلنا كم من شيء يثبت ضمناً و لايثبت قصداً كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا و لايثبت قصدا (و قوله اعتقت تمليكاً منه) اي من المولى، و هو المامور (ثم الاعتاق عنه) بالنصب على انه خبر صار اى ثم يصير قول المامور اعتقت اعتاقاً عن الآمر (و اذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين) اي بين

---

(١) لا عتق الخ اخرج ابوداود في باب الطلاق قبل النكاح ص٣٠٥ ج١ عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا و لا عتق الا فيما تملك الحديث و الترمذي عنه في باب ماجاء لا طلاق قبل النكاح ص١٤١ ج١ و لفظه و لاعتق له (لابن آدم) فيما لايملك و ابن ماجة في باب لا طلاق قبل النكاح ص١٤٨ عن المسور بن مخرمة رضي الله عنه مرفوعا و لفظه و لاعتق قبل ملك و في مسند احمد ص٢٠٧ ج٢ عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا لا عتق لابن آدم فيما لايملك.

و لو قالت اعتقه عني و لم تسم مالاً لم يفسد النكاح و الولاء للمعتق، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى هذا و الاول سواء، لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه، و يسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه. و لهما ان الهبة من

ملك الرقبة و ملك المتعة، قاله الاترازي و قال الكاكي بين ملك اليمين و ملك النكاح فان قيل(١) ينبغي ان لايفسد النكاح، لان الملك ثبت ضرورة العتق و مايثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، و الضرورة في ثبوت العتق عن الآمر لا في فساد النكاح. قلنا الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه(٢) و ضروراته و من لوازم ثبوت الملك العاري عن تعلق حق الغير به فساد النكاح. فان قيل اليس انه اذا قال لعبده كفر يمينك بالمال فانه لايعتق و لايتمكن من التكفير بالمال الا بالعتق فيبنغي ان يثبت عتقه اقتضاء، قلنا الحرية لاتصلح ان تثبت اقتضاء، لان الثابت بالاقتضاء ثابت تبعاً و بالحرية يصير اهلا للتكفير بالمال، فكانت الحرية اصلا فلاتثبت اقتضاء (و لو قالت اعتقه عني و لم تسم مالاً لم يفسد النكاح) يعني لو قالت الحرة المذكورة لمولى العبد اعتقه عني و لم تذكر مالا فاعتقه لايفسد النكاح (و الولاء للمعتق) و تسقط الكفارة عنه اذا نوى، و لايلزم الالف، و قال زفر يقع العتق عن المامور، حتى يكون الولاء له، و تسقط الكفارة عنه اذا نوى و لايلزم الالف على الآمر (و هذا) الحكم المذكور (عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالي هذا و الاول سواء) اي عدم ذكر البدل مع ذكر البدل سواء، يعني يقع العتق عن الآمر في الصورتين عند ابي يوسف، و به قال الشافعي رحمهما الله تعالى (لانه) اي لان ابايوسف رحمه الله تعالى (يقدم التمليك بغير عوض) يعني بطريق الهبة (تصحيحاً لتصرفه) اي لتصرف الآمر، لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن، و قد امكن هنا بقوله (و يسقط اعتبار القبض) لانه شرط، و قد أمكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط أولى فكان (كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه) يعني اذا امر المظاهر غيره، و قال اطعم عني ستين مسكيناً ففعل المامور يقع الاطعام عن الآمر، و سقط عنه الكفارة و ان لم يوجد القبض. (و لهما) اي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله (ان الهبة من

---

(١) فان قيل ينبغي الخ كذا في الكفاية و العناية. (٢) ثبت بلوازمه اذ لو لم يثبت لوازمه لاستحال ثبوته لان عدم اللازم يدل على عدم الملزوم و من لوازم ثبوت الملك العاري عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فيفسد كذا في الكفاية.

شرطها القبض بالنص، فلايمكن اسقاطه و لا إثباته اقتضاء، لانه فعل حسي، بخلاف البيع لانه تصرف شرعي و في تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض، اما العبد فلايقع في يده شيء لينوب عنه.

شرطها القبض بالنص) و هو قوله عليه الصلوة و السلام لاتصح(١) الهبة الا مقبوضة (فلايمكن اسقاطه) جواب عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ان القبض شرط، فيسقط تبعاً كالركن، فاجاب بقوله فلايمكن اسقاطه اي اسقاط القبض (و لا اثباته) اي اثبات القبض (اقتضاء، لانه فعل حسي) يعني ليس من جنس القول، و الحسي اقوى من القولي فلايتضمن الشيء أقوى منه (بخلاف البيع لانه تصرف شرعي) يعني الايجاب و القبول قولي فجاز ان يتضمنه القول، و هو قوله - اعتق عبدك عني بالف - مع ان الركن في البيع يحتمل السقوط، كما في التعاطي فان قيل(٢) لو قال الآخر اعتق عبدك عني بالف درهم و رطل من خمر ففعل فانه يصح، و يعتق عنه، وان لم يوجد القبض و البيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض. قلنا قد ذكر الكرخي رحمه الله تعالى أن العتق يقع عن المامور هنا على قولهما، و المذكور قول ابي يوسف رحمه الله تعالى و لئن سلم فالبيع الفاسد ملحق بالصحيح و يأخذ الحكم منه، فاحتمل سقوط القبض كالصحيح، لان حكمه يتعرف من الصحيح (و في تلك المسألة) اي مسألة الكفارة (الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلايقع في يده شيء) بالاعتاق، لان الاعتاق ازالة الملك و اتلاف المالية و لايقع في يده شيء (لينوب عنه) اي لينوب العبد عن الآمر.

---

(١) لاتصح الهبة الخ و في نصب الراية ص١٢١ ج٤ قلت غريب و رواه عبدالرزاق من قول النخعي رواه في آخر الوصايا من مصنفه. (٢) فان قيل لو قال الخ كذا في الكفاية ص٢٨٢ ج٣.

باب نكاح اهل الشرك

و اذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر، و ذلك في دينهم جائز، ثم أسلما أقرا عليه، و هذا عند أبي جنيفة رحمه الله و قال زفر رحمه الله تعالى النكاح فاسد فى الوجهين، الا انه لايتعرض لهم قبل الاسلام، و المرافعة الى الحكام.

(باب نكاح اهل الشرك)

أى هذا باب في بيان نكاح اهل الشرك، و هم الذين لاكتاب لهم. (و اذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر) آخر (و ذلك) أى التزوج بغير شهود أو في عدة الكافر (في دينهم جائز، ثم أسلما اقرا) على ضيغة المجهول (عليه) أى على نكاحهما المذكور، قيد بعدة كافر، لانه لو كان في عدة مسلم كان التزوج فاسدا بالاجماع، كذا قالوا، و فيه نظر، لان كلامنا في اهل الشرك، و لايجوز للمسلم نكاح المشركة، حتى يكون في عدة كذا قاله الاكمل(١) ثم قال و يجوز أن يصور(٢) بأن اشركت(٣) بعد الطلاق و العياذ بالله تعالى و هي في عدة المسلم. (و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) قال الاترازي رحمه الله تعالى انما قال و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لم يقل ابتداء عند ابى حنيفة بدون ذكر هذا، لانها مسألة القدوري و ليس فيها ذكر الخلاف، فقال صاحب الهداية هذا عند حنيفة رحمه الله تعالى كشفاً لموضع الخلاف، و لكن من حق المسألة أن يصفها في الفصل المتقدم على باب الرقيق، لان ذلك الفصل هو المشتمل على نكاح الذمى، و قد اراد بالكافر هاهنا الذمي، بدليل ما ذكره في بيان الدليل، و انما لايتعرض بهم لذمتهم و المشرك لاذمة له. و لانه قال ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها، فكانوا ملتزمين لها، و المشرك لايلتزم احكامنا أصلا، فعلم ان المراد من الكافر المذكور في المسألة المذكورة هو الذمي، و كان ينبغى أن يذكره في بابه لا في باب المشرك الذي لاكتاب له، انتهى. قلت فعلى هذا لامطابقة بين ترجمة هذا الباب و باب نكاح اهل الشرك و بين المسألة التى صدر بها الباب.
(و قال زفر رحمه الله تعالى النكاح فاسد في الوجهين) أى في النكاح بغير شهود، و في النكاح في عدة الكافر (الا انه لايتعرض لهم قبل الاسلام و المرافعة)(٤) أى و قبل المرافعة (الى الحكام) أى حكامنا انما لايتعرض لهم اعراضاً عنهم لاتقريراً على صنعهم الفاحش القبيح، و ترك

---

(١) الاكمل في العناية ص٢٨٣ ج٣. (٢) و يجوز ان يصور الخ و في حاشية الجلپي و يمكن ان يتصور ذالك بان تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لاكتاب له في عدته و ذالك في دينه جائز فانه فاسد انتهى.
(٣) اشركت بعد الطلاق الخ و في حاشية الچلپي فان قيل فحينئذ تكون مرتدة لايجوز نكاحها قلنا لايضرنا غايته ان يكون عدم جوازه معللا بعلتين انتهى. (٤) و المرافعة الواو بمعنى او فتح القدير.

و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله فى الوجه الاول، كما قال ابوحنيفة رحمه الله و في الوجه الثانى كما قال زفر رحمه الله. له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم، و انما لايتعرض لهم لذمتهم اعراضاً لاتقريراً، و اذا ترافعوا أو اسلموا و الحرمة قائمة وجب التفريق. و لهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها. و حرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه، و لم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات. و لابى حنيفة رحمه الله تعالى ان الحرمة لايمكن اثباتها حقاً للشرع، لانهم لايخاطبون بحقوقه

التعرض لايدل على عدم الحرمة، كما في عبادة الاوثان و النيران فاذا اسلموا أو ترافعوا الينا وجب التفريق دفعاً للحرمة القائمة. (و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الوجه الاول) أى في النكاح بغير شهود (كما قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى و في الوجه الثانى) أى في النكاح في عدة الكافر (كما قال زفر رحمه الله) و به قال الشافعي و احمد رحهما الله (له) أى لزفر رحمه الله (ان الخطابات عامة) مثل قوله تعالى و لاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله(١) و قوله تعالى و ان احكم بينهم بما انزل الله و لاتتبع اهواءهم(٢) و قوله عليه الصلوة و السلام لا نكاح الا بشهود(٣) (على ما مر من قبل) اشارة الى ما قال في اول الفصل الذى فيه تزويج النصرانى بقوله و هذا الشرع وقع عاماً فثبت الحكم علي العموم. (فيلزمهم) اى الخطابات، اى مقتضاها يلزمهم. (و انما لايتعرض لهم لذمتهم) أى لاجل كونهم التزموا عقد الذمة (اعراضاً) عنهم (لاتقريرا) على فعلهم الباطل (فاذا ترافعوا) الى الحكام (أو أسلموا و الحرمة قائمة) أى ثابتة، و الجملة حالية (وجب التفريق) بين من كان منهم من الازواج و الزوجات. (و لهما) أى لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) اي معتدة الغير اجمعوا على حرمتها، سواء كان الغير مسلماً او كافراً (فكانوا ملتزمين لها) فكان باطلا في حقهم أيضاً، لانهم اتباع لنا، و لكنا لانتعرض بعقد الذمة، فلما ترافعا أو أسلما وجب الحكم بما هو حكم الاسلام (و حرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها) بين العلماء، فان مالكاً و ابن أبى ليلى و عثمان البتى يجوزونه (و لم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) و لكن عدم تعرضنا لأجل عقد الذمة (و لابى حنيفة رحمه الله أن الحرمة لايمكن اثباتها حقاً للشرع، لانهم لايخاطبون بحقوقه) أى بحقوق الشرع، و لهذا لايتعرض لهم في الخمر و الخنزير، بخلاف

---

(١) اجله - البقرة ٢٣٥. (٢) اهوائهم - المائدة ٤٩ (٣) لا نكاح الا بشهود و قد سبق تخريجه في ابتداء كتاب النكاح.

و لا وجه الى ايجاب العدة حقاً للزوج، لانه لايعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده، و اذا صح النكاح فحالة المرافعة و الاسلام حالة البقاء و الشهادة ليست شرطاً فيها و كذا العدة لاتنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة، فاذا تزوج المجوسى أمه أو ابنته ثم اسلما فرق بينهما، لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة و وجب التعرض بالاسلام فيفرقوا،

الربا، لانه مستثنى بقوله عليه الصلوة و السلام الا من أربى فليس بيننا و بينه عهد (و لا وجه الى ايجاب العدة حقاً للزوج لانه) أى لان الزوج (لايعتقده) أى لايعتقد وجوب العدة (بخلاف ما اذاكانت) أى الذمية (تحت مسلم لانه) أى لان المسلم (يعتقده) أى يعتقد وجوب العدة (و اذا صح النكاح) بينهما (فحالة المرافعة) الى الحكام (و الاسلام) أى و حالة الاسلام و قوله فحالة المرافعة مرفوع بالابتداء و قوله (حالة البقاء) خبره (و الشهادة ليست شرطاً فيها) أى في حالة البقاء، و لهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (و كذا العدة لاتنافيها) أى لاتنافي حالة البقاء (كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة) يجب عليها العدة صيانة لحق الوطئ، و لايبطل النكاح القائم (فان تزوج المجوسى أمه او ابنته ثم أسلما فرق بينهما) باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى (لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما) أى عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع في ديارنا، و هم من أهل دارنا، فثبت الخطاب في حقهم، اذ ليس في وسع المبلغ التبليغ الى الكل، بل في وسعه جعل الخطاب شائعاً، فيجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم، الا ترى أنهم لايتوارثون بهذه الانكحة، فلو كان صحيحاً في حقهم لتوارثوا (كما ذكرنا في المعتدة) اشار به الى ما ذكر في المسألة المتقدمة بقوله، و لهذا ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها، فكانوا ملتزمين (و وجب التعرض بالاسلام فيفرقوا) لان الاسلام ينافيه، و لما أسلما دخلا في حكم الاسلام فيفرق بينهما، و في الغاية اذا اسلم احدهما فرق بينهما بالاتفاق و قبل الاسلام لايفرق بينهما مالم يترافعا جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله و قال ابويوسف رحمه الله يفرق بينهما القاضي سواء وجد الترافع أو لم يوجد. و قال محمد رحمه الله تعالى اذا وجد الرفع من احدهما يفرق، و الا فلا، على ما يجئ الآن. و في المبسوط(١) لو

---

(١) المبسوط الخ كذا في الكفاية ص٢٨٦ ج٣ و فتح القدير لكن في مصنف عبدالرزاق ص٧٧ ج٦ و ص١٧٩ ج٧ باب المجوسي يجمع بين ذوات الارحام ثم يسلمون ان عمر بن العزيز كتب الى عدي بن عدى في مجوسي جمع بين امرأة و ابنتها ثم اسلموا جميعا ان يفرق بينه و بينهما جميعا و روى عن قتادة و عطاء و الثوري نحوه.

و عنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق، بخلاف العدة لانها لاتنافيه، ثم باسلام احدهما يفرق بينهما، و بمرافعة احدهما لايفرق عنده، خلافاً لهما، و الفرق ان استحقاق أحدهما لايبطل بمرافعة صاحبه، اذ لايتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصر بالكفر(١) لايعارض

تزوج الذمي محرمة لايتعرض له، و ان علم القاضي ما لم يترافعا اليه الا في قول ابي يوسف الآخر انه يفرق بينهما اذا علم ذلك، لما روى أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس و محارمهم. قلنا هذا غير مشهور، و انما المشهور ما كتب به عمر بن العزيز رضي الله تعالى عنه الى الحسن البصري قال ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة و ماهم عليه من نكاح المحارم و اقتناء الخمور و الخنازير، فكتب إليه انما بذلوا الجزية ليتركوا و ما يعتقدون، و انما انت متبع، و لست بمبتدع و السلام. و لان الولاة و القضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع. (و عنده) أي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (له حكم الصحة) أي لنكاح المحارم حكم الصحة (في الصحيح) احترز به عن قول(٢) مشايخ العراق ان له حكم البطلان في حقهم كقول ابي يوسف و محمد رحمهما الله فلايتعرض لهم لعقد الذمة. وجه الصحيح ان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل، لانهم يكذبون المبلغ و يزعمون عدم رسالته و ولاية الالزام بالسيف و المحاجة، و قد انقطعت بعقد الذمة و قصر حكم الخطاب عنهم، و شيوع الخطاب اليهم انما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ، فاذا اعتقدها بالاسلام ظهر حكم الخطاب. (الا ان المحرمية) جواب عن هذا التشكيك و وجهه ان المحرمية (تنافي بقاء النكاح فيفرق) بينهما كما لو اعترضت المحرمية على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (بخلاف العدة، لانها لاتنافيه) أي لان العدة لاتنافى بقاء النكاح (ثم باسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و بمرافعة احدهما لايفرق عنده) أي لايفرق بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (خلافاً لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قد مر الكلام فيه عن قريب. (و الفرق) يعني بين التفريق باسلام احدهما و عدم التفريق بمرافعة احدهما (ان استحقاق احدهما) بواجب النكاح و حقوقه (لايبطل بمرافعة صاحبه، اذ لايتغير به اعتقاده) يعني اعتقاده بمرافعة صاحبه، و هذا المعنى موجود فيما اذا اسلم احدهما أيضا، لكن يترجح الاسلام فيفرق بينهما باسلام احدهما، و هو معنى قوله (أما اعتقاد المصر) على دينه الباطل (لايعارض

(١) المصر بالكفر – ن – المصر. (٢) قول مشائخ العراق الخ و في فتح القدير قوله في الصحيح احتراز عن =>

اسلام المسلم لان الاسلام يعلو و لا يعلى، و لو ترافعا يفرق بالاجماع، لان مرافعتهما كتحكيمهما، و لايجوز أن يتزوج المرتد مسلمة و لا كافرة و لا مرتدة(١) لانه مستحق للقتل و الامهال ضرورة التأمل، و النكاح يشغله عنه فلايشرع في حقه، و كذا المرتدة لايتزوجها مسلم و لا كافر، لانهات محبوسة للتأمل و خدمة الزوج

اسلام المسلم لان الاسلام يعلو) على كل شيء (و لايعلى) أى لايعلى عليه شيء فلايعارضه إصرار الآخر على دينه (و لو ترافعا) يعنى ترافع كلاهما الى الحاكم (يفرق) بينهما (بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمها) يعني اذا حكما رجلا و طلبا منه حكم الاسلام له أن يفرق بينهما، فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته (و لايجوز أن يتزوج المرتد مسلمة و لاكافرة و لا مرتدة لانه مستحق للقتل) أى لان المرتد مستحق للقتل بنفس الردة، لقوله عليه الصلوة و السلام من بدل دينه(٢) فاقتلوه، فلاينتظم نكاحه مصالحه من السكن و الازدواج و التناسل، لان ذلك للبقاء، و هو مستحق للقتل، فصار كالميت. فان قيل يرد عليه مستحق القتل قصاصاً، فانه يجوز له التزوج، قلت العفو مندوب اليه فيه، بخلاف المرتد، لانه لايرجع غالباً، اذ قد ترك بعد اطلاعه على محاسن الاسلام، فيكون ارتداده عن شبهة قوية عنده، و قال السروجي يرد عليه ما لو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق ثلاثاً، فان هذا النكاح غير مستقر و لاتنتظم به المصالح، لانه يقع به الطلاق الثلاث عقيب النكاح، و ثبوت النسب مشترك. و قال الكاكي و لايقال مشركوا العرب لا ملة لهم، فانه لايقبل منهم الا الاسلام او السيف، و قد صحت المناكحة فيما بينهم، لانا نقول لهم ملة لانا نعنى بالملة دينا يعتقد الكافر صحته، و لم يكن أقر ببطلانه و قد وجد هذا الحد فيهم (و الامهال ضرورة التأمل) هذا جواب سؤال، و هو ان يقال ينبغى أن لايمهل المرتد، لانه مستحق للقتل، فاجاب بقوله و الامهال أى امهال المرتد ثلاثة أيام لضرورة التأمل، ليتأمل فيما عرض له من الشبهة، ففيما وراء ذلك جعل كأنه لا حياة له حكماً (و النكاح يشغله عنه) أى عن التأمل (فلايشرع في حقه، و كذا المرتدة لايتزوجها مسلم و لا كافر، لانها محبوسة للتأمل و خدمة الزوج

=> قول مشائخ العراق فانهم قالوا له حكم الفساد اجماعا و في العناية احتراز عن قول مشائخ العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء انتهى. (١) و لا مرتدة - ن - و مرتدة.
(٢) من بدل دينه الخ اخرجه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه كتاب الجهاد باب لايعذب بعذاب الله ص٤٢٣ ج١ و كتاب استتابة المعاندين ص١٠٢٣ ج٢ و آخر كتاب الاعتصام باب قول الله و أمرهم شورى ص١٠٩٦ ج٢ و ابوداود عن ابن عباس رضي الله عنه اول كتاب الحدود ص٢٥٠ ج٢ و الترمذي عنه كتاب الحدود باب ما جاء في المرتد ص١٧٦ ج١ و النسائي ...... و ابن ماجة عنه اول ابواب الحدود باب المرتد =>

تشغلها و لانه لاينتظم بينهما المصالح، و النكاح ما شرع بعينه بل لمصالحه، فان كان احد الزوجين مسلماً فالولد على دينه و كذلك ان اسلم احدهما و له ولد صغير صار ولده مسلماً باسلامه، لان في جعله تبعاً له نظراً له. و لو كان احدهما كتابياً و الآخر مجوسياً فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له، اذ المجوسية شر منه(١) و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيه للتعارض و نحن أثبتنا(٢) الترجيح

تشغلها، و لانه لاينتظم بينهما المصالح، و النكاح ما شرع بعينه بل لمصالحه) أى لمصالح النكاح من المسكن و الازدواج و التناسل و التوالد فاذا فاتت المصالح بالردة لم يشرع أصلا (فان كان احد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) أى على دين السلام باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و لايتصور فيما اذا كان الزوج كافراً و المرأة مسلمة، بل هذا في حالة البقاء. فان أسلمت المرأة و لم يعرض الاسلام على زوجها فولدت قبل العرض (و كذلك اذا أسلم احدهما) أى أحد الزوجين (و له ولد صغير) الواو فيه للحال (صار ولده مسلماً باسلامه) أى باسلام احد الزوجين (لان في جعله تبعاً له) أي لان جعل الصغير تبعاً للذى أسلم منهما (نظراً له) أي للصغير و أى نظر يكون أعظم من الاسلام. و في الينابيع يريد به اذا كان الصغير(٣) مع من أسلم في دار واحدة، و ان كان الصغير في دار الاسلام و من أسلم منهما في دار الحرب او كان في دار الاسلام و الصغير في دار الحرب لايصير مسلماً (و لو كان احدهما كتابياً) أى و لو كان احد الزوجين من اهل الكتاب (و الآخر مجوسياً) أو وثنياً، والحاصل ان الآخر ليس من اهل الكتاب (فالولد كتابي) حتى يجوز للمسلم مناكحته و تحل ذبيحته (لان فيه نوع نظر له) لان في جعل الصغير كتابياً نوع نظر له (اذ المجوسية شر) من الكتابية لان الكتابي يعتقد التوحيد او يظهره (و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيه) أى في جعل الولد تبعاً للكتابي (للتعارض) لان جعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة و النكاح و جعله تبعاً للمجوسي لايوجب ذلك، فوقع التعارض، اذ الكفر كله ملة واحدة، و الترجيح للمحرم (و نحن بينا الترجيح) و هو قوله - لان فيه نظراً له من حيث حل الذبيحة و جواز النكاح. فان قلت(٤) على ما ذكرت كل واحد منا و من الخصم ذهب الى نوع ترجيح، فمن أين تقوم الحجة. قلت ترجيحنا يدفع التعارض، و ترجيحه يرفعه بعد

=> عن دينه ص١٨٥ و مسند احمد ص٢١٧ ج١ وص٢٨٢، ٢٨٣، ٣٢٣ و ص٢٣١ ج٥. (١) شر منه - ن - شر. (٢) اثبتنا - ن - بينا. (٣) اذا كان الصغير الخ كذا في فتح القدير ص٢٨٧ ج٣. (٤) فان قلت الخ كذا في العناية ص٢٨٨ ج٣.

و اذا اسلمت المرأة و زوجها كافر

وقوعه، و الدفع اولى من الرفع(١) لان كم واقع لايرفع. ثم اعلم ان للشافعي(٢) رحمه الله تعالى فيما اذا كان الاب كتابياً قولان، احدهما: انه تبع له حتى يحل ذبيحته و مناكحته و به قال مالك رحمه الله تعالى لان الانتساب الى الاب و اصحهما انه تبع لامه حتى لاتحل ذبيحته و مناكحته و به قال احمد رحمه الله تعالى تغليباً للتحريم و لو كانت الام كتابية و الاب مجوسياً يجعل تبعاً له قولاً و احداً، حتى لاتحل مناكحته و ذبيحته، و في الرافعي يتبع الاب اذا كان مجوسياً، و ان كانت الام مجوسية قولان. و في البسيط في المتولد بين اليهودي و المجوسي قولان، احدهما التحريم، و الثاني و هو الاصح النظر الى الاب و تغليب جانب النسب. وفي الجواهر ان اسلم(٣) الزوج تقر الكتابية على نكاحها، و يعرض عليها الاسلام فان أبت وقعت الفرقة قبل الدخول و بعده. و قال أشهب تعجل الفرقة قبل الدخول كقول الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و ينتظر فراغ العدة بعده كقولهما، و ان اسلمت المرأة قبل الزوج وقعت الفرقة قبل الدخول، و بعده تقف على انقضاء العدة. و في التمهيد قال مالك ان اسلم بعد انقضائها في غيبته فان نكحت قبل أن يقدم او يبلغها اسلامه فلاسبيل له عليها، و ان أدركها قبل أن تنكح فهو احق بها. و قال ابن قدامة رحمه الله تعالى يعرض عليها الاسلام إن كانت حاضرة، و ان كانت غائبة تعجلت الفرقة. و عن أحمد رحمه الله تعالى روايتان في اعتبار العدة، احداهما هو احق قبل انقضاء عدتها، و في الاخرى تعجيل الفرقة، و اختارها الخلال و صاحبه ابوبكر، و هو قول طاووس و عكرمة و قتادة و الحكم و عمر بن عبد العزيز رحمهم الله تعالى و يروى عن ابن عباس و عن علي رضي الله تعالى عنهما هو احق اذا اسلم مادامت في دار هجرتها. و عن الشعبي رحمه الله تعالى هو احق بها ما دامت في المصر و عن ابراهيم يقران على نكاحهما (و اذا أسلمت(٤) المرأة و زوجها كافر) الواو فيه للحال و أطلق الكفر في قوله - كافر - لعدم بقاء

(١) والدفع اولى من الرفع لكن المحقق ابن الهمام رحمه الله اعترض عليه وقال لاحاصل له اذا تاملت فتح القدير ص٢٨٧ ج٣. (٢) للشافعي الخ كذا في فتح القدير. (٣) ان اسلم الزوج الخ راجع لهذا البحث أوجز المسالك نكاح المشرك اذا اسلمت زوجته قبله ص٣٠٩ج٤ و اعلاء السنن باب اذا اسلم احد الزوجين يفرق بينهما الخ ص٩٦ ج١١ و مابعده و المغنى ص٥٣٤ ج٧ و احكام القرآن للجصاص رحمه الله تعالى باب وقوع الفرقة باختلاف الدارين ص٤٣٨ج٣. (٤) و اذا اسلمت الخ راجع لهذا المبحث اعلاء السنن باب اذا اسلم احد الزوجين يفرق بينهما الخ ص٩٦ ج١١ و اوجز المسالك نكاح المشرك اذا اسلمت زوجته قبله ص٣٠٩ الى ص٣١٦ ج٤ و نصب الراية باب نكاح اهل الشرك ص٢٠٨ ج٣ و المغنى باب نكاح اهل الشرك ص٥٣١ ج٧ و فتح القدير ص٢٨٨ ج٣.

عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته و ان أبى فرق بينهما و كان ذلك طلاقاً عند ابى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و ان اسلم الزوج و تحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته و ان أبت فرق القاضى بينهما و لم تكن الفرقة بينهما(١) طلاقا. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لاتكون(٢) الفرقة طلاقاً في الوجهين أما العرض فمذهبنا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايعرض الاسلام، لان فيه تعرضاً لهم، و قد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام و بعده متأكد، فيتاجل الى انقضاء ثلاث حيض، كما في الطلاق،

المسلمة مع الكافر أى كافر كان (عرض القاضي عليه الاسلام، فاذا اسلم فهي امرأته، و إن أبى) أى الزوج عن الاسلام (فرق بينهما، و كان ذلك) أى التفريق (طلاقاً عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) لا فسخاً، لانه فات الامساك بالمعروف من جانبه، فتعين التسريح بالاحسان، فان طلق و الا فالقاضي ناب منابه (و إن أسلم الزوج و تحته مجوسية عرض عليها الاسلام) و قيد بالمجوسية، لانها إن كانت كتابية فلاعرض و لاتفريق (فان أسلمت فهي امرأته و ان أبت فرق القاضي بينهما و لم تكن الفرقة بينهما طلاقاً. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايكون الفرقة طلاقاً في الوجهين) أى لايكون التفريق طلاقاً عنده، سواء كان باباء الزوج او باباء المرأة، بل يكون فسخاً، و فائدته انه لاينقص من عدد الطلاق شيء (أما العرض) أى عرض الاسلام (فمذهبنا، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايعرض الاسلام لان فيه) أى لان في العرض (تعرضا لهم، و قد ضمنا بعقد الذمة أن لانتعرض لهم الا ان ملك النكاح) أى غير أن ملك النكاح (قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام و بعده) أى بعد الدخول (متأكد) فلايرتفع بنفس اختلاف الدين (فيتأجل) أى التفريق (الى انقضاء ثلاث حيض) قال الشراح(٣) قوله - ثلاث حيض - ليس بصواب بل الصواب ثلاثة اطهار، لان العدة عنده بالاطهار، و قيل معناه كان الشافعي رحمه الله تعالى يقول ينبغى أن يتأجل عندكم الى انقضاء ثلاث حيض. (كما في الطلاق) يريد به نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح و بعده لايرفع الا بعد انقضاء العدة، و بقول الشافعي رحمه الله تعالى قال احمد رحمه الله تعالى و قال احمد في رواية يفسخ النكاح

---

(١) الفرقة بينهما - ن - الفرقة. (٢) لاتكون - ن - لايكون. (٣) قال الشراح الخ كصاحب العناية و الكفاية و قال الاكمل في آخره و يجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق و ما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء انتهى.

و لنا أن المقاصد قد فاتت فلابد من سبب يبتنى عليه الفرقة و الاسلام طاعة لايصلح سبباً لها فيعرض الاسلام ليحصل(١) المقاصد بالاسلام أو تثبت(٢) الفرقة بالاباء وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلايكون طلاقاً كالفرقة بسبب الملك، و لهما أن بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح، كما في الجب و العنة،

في الحال. و قال مالك رحمه الله تعالى إن أسلمت الزوجة أولاً فالحكم على ما ذكره الشافعي، و ان اسلم الزوج اولا فان أسلمت في الحال بقيا على نكاحهما، و الا انفسخ نكاحهما. (و لنا أن المقاصد) بالنكاح من السكن و الازدواج (قد فاتت فلابد من سبب يبتنى عليه الفرقة و الاسلام طاعة لايصلح سبباً) للفرقة (فيعرض الاسلام) على الزوج (ليحصل المقاصد بالاسلام) إن أسلم (أو تثبت الفرقة بالاباء) أى باباء الزوج عن الاسلام، أى بامتناعه عنه و مذهبنا مروى عن عمر و على رضي الله تعالى عنهما، فان دهقانة في قهر الملك أسلمت، فأمر عمر رضي الله تعالى عنه بعرض الاسلام على زوجها، فقال ان اسلم و الا فرق بينهما، و روى إن دهقاناً أسلم في عهد علي رضي الله تعالى عنه فعرض الاسلام على امرأته فأبت، ففرق بينهما، كذا في المبسوط،(٣) و الدهقان كل سيد من العجم، و الذال لغة فيه، و قهر الملك على طريق الكوفة الى بغداد، و قد طول الاكمل(٤) هنا. حاصله أن سبب الفرقة الاباء عن الاسلام، لان الاسلام لايصلح سبباً لما ذكرنا و لاكفر من بقي عليه، لانه موجود قبل هذا، فلم يصلح سبباً الا الاباء، لانه صالح لسلب النعم، و اذا أضيف الفوات اليه اضيف مايستلزمه الفوات و هو الفرقة، فكانت الفرقة مضافة الى الاباء. و لما فرغ المصنف عن البحث مع الشافعي رحمه الله تعالى شرع في البحث مع ابى يوسف رحمه الله تعالى و هو قوله (وجه قول ابي يوسف رحمه الله تعالى أن الفرقة بسبب) و هو الاباء (يشترك فيه الزوجان) على معنى انه يتحقق من كل منهما (فلايكون) أى الفرقة (طلاقاً) بل تكون فسخاً و عند الشافعي رحمه الله تعالى بسبب اختلاف الدين، و ذلك متحقق في كل منهما (كالفرقة بسبب الملك) بأن ملك احد الزوجين الآخر، اذ الطلاق لايتصور منهما، فكل سبب يتصور منهما لايكون طلاقاً (و لهما) أى و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان بالاباء) أى اباء الزوج عن الاسلام (امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه) أى على الامساك (فينوب القاضي منابه في التسريح) بالاحسان (كما في الجب و العنة) أى كما اذا وجدت زوجها

---

(١) ليحصل – ن – لتحصل. (٢) تثبت – ن – يثبت. (٣) المبسوط للسرخسي ص٤٦ ج٥. (٤) الاكمل =>

أما المرأة فليست بأهل للطلاق، فلاينوب منابها عند ابائها . ثم اذا فرق القاضي بينهما بابائها فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده بالدخول، و ان لم يكن دخل بها فلامهر لها ، لان الفرقة من قبلها ، و المهر لم يتأكد فاشبه الردة و المطاوعة و اذا اسلمت المرأة في دار الحرب و زوجها كافر، أو أسلم الحربي و تحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض، ثم تبين من زوجها ، و هذا لان الاسلام ليس سبباً للفرقة، و العرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية، و لابد من الفرقة دفعاً للفساد

مجبوباً، و هو مقطوع الذكر و الخصيتين او وجدته عنيناً، فان القاضي يفرق بينهما عند طلب المرأة (أما المرأة فليست باهل للطلاق فلاينوب) القاضي (منابها عند ابائها) لعدم تصور التسريح منها (ثم اذا فرق القاضي بينهما بابائها فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده) أي لتأكد المهر (بالدخول) فيكون لها كمال المهر (و إن لم يكن دخل بها فلامهر لها ، لان الفرقة من قبلها ، و المهر لم يتأكد) لعدم الدخول (فأشبه الردة) يعني كما اذا ارتدت قبل الدخول و العياذ بالله (و المطاوعة) و أشبه المطاوعة أيضا ، بان مكنت نفسها من ابن زوجها قبل الدخول. فلايجب عليه لها المهر قبل الدخول، و لا نفقة العدة بعد الدخول. و قال الاترازي المطاوعة بفتح الواو لا كسرها ، لانه مصدر، أى مطاوعة المرأة ابن زوجها. قلت يجوز كسر الواو أيضا ، و يكون اسم الفاعل من طاوع، و يكون المعنى ما يشبه المرأة المطاوعة لابن زوجها في تمكين نفسها منه، بل هذا اوجه من الفتح و لايخفى هذا على أهل المذاق (و اذا أسلمت المرأة في دار الحرب و زوجها كافر، أو أسلم الحربى و تحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها) أى بينهما في الصورتين (حتى تحيض ثلاث حيض) و إن لم تكن ممن تحيض فثلاث أشهر، ثم بعد ثلاث حيض أو شهور تقع الفرقة، ثم لابد من ثلاث حيض او شهور أخرى للعدة (ثم تبين من زوجها) اي بعد ثلاث حيض كما ذكرنا (و هذا) أشار به إلى أنه لابد للفرقة من سبب الاسلام او كفر المصر واختلاف الدين لايصلح أن يكون موجباً للفرقة، كما مر في المسألة المتقدمة و بين ذلك بقوله (لان الاسلام ليس سببا للفرقة و العرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية) لانقطاع يد أهل الاسلام عن دار الحرب (و لابد من الفرقة دفعاً للفساد) و هو كون المسلم تحت الكافر، قوله - و العرض على الاسلام متعذر - من باب القلب نحو عرضت الناقة على الحوض، و الاصل أن يقال و عرض الاسلام على الكافر متعذر، الا انه قلب الكلام لعدم الالتباس، كما في قولك أدخلت الخاتم في الاصبع، و الاصل أدخلت الاصبع

=> في العناية ص٢٨٩ ج٣.

فأقمنا شرطها و هو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر، و لافرق بين المدخول بها و غير المدخول بها، و الشافعي رحمه الله تعالى يفصل كما مر له في دار الاسلام. و اذا وقعت الفرقة و المرأة حربية فلاعدة عليها، و ان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما،

في الخاتم، و لما تعذر تقرير السبب أضيف الحكم الى الشرط و هو معنى قوله (فأقمنا شرطها و هو مضي الحيض مقام السبب) لان الشرط يضاف اليه الحكم عند تعذر الاضافة الى العلة و السبب (كما في حفر البئر) على قارعة الطريق، فان وقع فيها انسان فان الضمان على الحافر، فلايمكن اضافته الى العلة و السبب لما عرف، فاضيف الى الشرط و هو الحفر. و تحقيق هذا(١) ان علة الوقوع ثقل الواقع فلايصلح سبباً لعدم التعدى لانه أمر طبيعي لاصنع للواقع فيه، و سبب الوقوع مشيه فلايصلح سبباً لاضافة الحكم اليه، لانه مباح فأضيف الى صاحب الشرط و هو الحافر لان ازالة مسكة الارض بالحفر، فاذا كان كذلك توقفت الفرقة الى انقضاء مدة العدة، أعنى ثلاث حيض إن كانت ممن تحيض، أو مضى ثلاثة أشهر إن كانت ممن لاتحيض، و به صرح الكرخي في مختصره، و ذلك لان الطلاق سبب البينونة و انقضاء العدة شرطها. (و لافرق بين المدخول بها و غير المدخول بها، و الشافعي رحمه الله تعالى يفصل بينهما) حيث يقول ان كان قبل الدخول تقع الفرقة في الحال، و ان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء ثلاث حيض (كما مر له) أى للشافعي رحمه الله تعالى (في دار الاسلام) من قوله فان كان قبل الدخول - بالتفصيل المذكور الآن، و بقوله قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و اذا وقعت الفرقة و المرأة حربية) أى و الحال أن المرأة حربية (فلاعدة عليها) أى على الحربية بالاجماع، لان حكم الشرع لايثبت في حقها، ذكر في شرح الطحاوى سواء كان قبل الدخول او بعده (و ان كانت هي) أى الحربية (المسلمة فكذلك) لا عدة عليها بعد الدخول (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما) أى لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هذه متعلقة بما قبلها. بيانه ان احد الزوجين اذا اسلم في دار الحرب تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض، و بعد ذلك لاتلزم العدة على المرأة، سواء كانت مدخولاً بها او لا، و ان كانت حربية، أعنى مجوسية أو وثنية فلاعدة عليها أيضاً، لما ذكرنا، و ان كانت مسلمة فلاعدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لايوجب العدة على المسلمة من الحربي، و اصل المسألة في المهاجرة الى دار الاسلام، فانها اذا هاجرت الينا مسلمة او ذمية لم يلزمها العدة في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان تكون حاملاً، فحينئذ لاتتزوج حتى تضع

---

(١) و تحقيق هذا الخ راجع العناية ص٢٩٠ ج٣ و الكفاية.

و سيأتيك إن شاء الله تعالى. و اذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى أولى. قال و اذا خرج أحد الزوجين الينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتقع. و لو سبى أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق(١) و ان سبيا معاً لم تقع(٢) البينونة. و قال الشافعي رحمه الله تعالى وقعت، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبى عندنا، و هو يقول بعكسه. له

حملها. (و سيأتيك) بيانه (إن شاء الله تعالى) اي في مسألة المهاجرة. قال الاترازي بعد ثلاثة عشر خطأ، و قال الكاكي في باب العدة، و الاول هو الاصوب. (و اذا أسلم زوج الكتابية، فهما على نكاحهما، لانه يصح النكاح بينهما ابتداء، فلان يبقى أولى) لأن البقاء أسهل من الابتداء، فكم من شيء يتحمل من النكاح حالة البقاء، و ان لم يتحمل في الابتداء الا ترى أن المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له، و تبقى منكوحة، و لايجوز نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتداء. (و اذا خرج أحد الزوجين إلينا) و في بعض النسخ قال و اذا خرج أي قال القدوري، و اذا خرج احد الزوجين (إلينا) أى الى دار الاسلام (من دار الحرب) حال كونه مسلماً غير مراغم، حتى اذا خرج مراغماً تقع الفرقة بالاجماع، أما عندنا فلتباين الدارين، و أما عنده فللرغم و القهر لزوجته كذا في مبسوط البزدوي (و وقعت البينونة بينهما، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتقع) و قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى(٣) و يستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلماً او ذمياً او خرج مستأمناً ثم أسلم او صار ذمياً، لانه صار من اهل دارنا، و فائدة وقوع البينونة حل وطئ تلك الامة لمن وقعت في سهمه بعد الاستبراء، و ان كان الخارج هو الرجل يجوز له أن يتزوج اربعاً سواها او اختها ان كانت في دار الاسلام (و لو سبى احد الزوجين وقعت الفرقة بينهما) اتفاقاً (و ان سبيا معاً) أى الزوجان (لم تقع البينونة و قال الشافعي رحمه الله تعالى وقعت، فالحاصل أن السبب) أى سبب وقوع البينونة (هو التباين) أى تباين الدارين (دون السبي) وجد أو لم يوجد (عندنا و هو يقول بعكسه) أى الشافعي رحمه الله تعالى يقول بعكس ما قلنا، حيث يقول ان السبى هو سبب البينونة لا التباين، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى حتى لو خرج احد الزوجين الينا مسلما لاتقع الفرقة عندهم على أصلهم. (له) أى للشافعي

---

(١) بغير طلاق - هذه اللفظة ليست في النسخة المصرية نعم هي موجودة في الهندية و الباكستانية. (٢) لم تقع - ن - لم يقع. (٣) شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط باب نكاح اهل الحرب ص٥٨ ج٥.

أن التباين أثره في انقطاع الولاية، و ذلك لايؤثر في الفرقة كالحربى المستأمن و المسلم المستأمن، أما السبى فيقتضى الصفاء للسابي و لايتحقق الا بانقطاع النكاح، و لهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي. و لنا أن مع التباين حقيقة و حكماً لاتنتظم المصالح، فشابه المحرمية، و السبى يوجب ملك الرقبة، و هو لاينافي النكاح ابتداء، فكذلك بقاء فصار(١) كالشراء، ثم هو يقتضى الصفاء في محل عمله و هو المال لا في محل النكاح.

رحمه الله تعالى (أن التباين أثره في انقطاع الولاية) و هو سقوط مالكيته عن نفسه و ماله (و ذلك) اشارة الى انقطاع الولاية (لايؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن) يعني اذا دخل دارنا بأمان انقطعت ولايته، و لاتقع الفرقة بينه و بين امرأته مع تباين الدارين (و المسلم المستأمن) اذا دخل دارهم تاجرا لا يثبت الفرقة بينه و بين امرأته (أما السبي فيقتضى الصفاء) بالمد، أى الخلوص، أى يقتضى صفاء السبي (للسابي و لايتحقق) اي لايصفوا الملك في المسبى للسابي (الا بانقطاع النكاح) أى نكاح الزوج عن المسبية (و لهذا) أى و لان السبي يقتضى الصفاء (يسقط الدين) الذى للكفار (عن ذمة المسبي) لصفو المسبي للسابي (و لنا أن مع التباين حقيقة و حكماً) أى من حيث الحقيقة، و من حيث الحكم، أما حقيقة فبأن يكون أحدهما في دار الحرب و الآخر في دار الاسلام و أما حكماً فبأن لايكون في الدار التى دخلها على سبيل الرجوع، بل يكون على سبيل القرار و السكنى، و في النهاية(٢) و في قوله حكماً جواب عن قوله كالحربي المستأمن و المسلم المستأمن، لان الحربي المستأمن و إن كان في دار الاسلام حقيقة و لكن هو في دار الحرب حكماً، لانه على نية الرجوع، فلذالك لم يترتب عليه حكم التباين، و كذلك المسلم المستأمن، حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتاً في حقه (لاتنتظم المصالح) و النكاح شرع للمصالح لا لعينه (فشابه المحرمية) أى فشابه التباين المحرمية، يعني اذا اعترضت المحرمية على النكاح، فانه لايبقي معها لفوات انتظام المصالح، كذا هنا التباين (و السبي يوجب ملك الرقبة) هذا رد دليل الخصم، تقريره أن السبي يوجب ملك الرقبة (و هو) أى ملك الرقبة (لاينافي النكاح ابتداء) بأن زوج أمته لغيره (فكذلك) لاينافيه (بقاء) بان اشترى منكوحة الغير (و صار) أى السبي (كالشراء) أى كالشراء من غيره من حيث أن النكاح لايفسد بالشراء، فكذلك بالسبى لعدم المنافاة، و كذلك الصدقة و الهبة (ثم هو) أى السبي (يقتضى الصفاء) يعني سلمنا(٣) أن السبي يقتضى الصفاء لكن (في محل عمله و هو المال لا في محل النكاح) و هو منافع البضع

---

(١) فصار - ن - و صار. (٢) النهاية الخ و كذا في العناية ص٢٩٣ ج٣ و الكفاية ص٢٩٥ ج٣. (٣) سلمنا الخ كذا في العناية.

و في المستأمن لم يتباين(١) الدار حكماً لقصده الرجوع،

باعتبار كونها آدمية، و ذلك ليس محل عمله، لان ذلك من الخصائص الانسانية لا المالية، و قد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله و هذا يسقط الدين عن ذمة المسبى لان الدين في الذمة و هي من محل عمله لانها هي الرقبة. و قوله - و في المستأمن - جواب عن قوله - كالحربي المستأمن أو المسلم المستأمن - و كان قد احترز بقوله و حكماً عن ذلك، فان التباين و ان وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكماً و هو معنى قوله (و في المستأمن لم يتباين الدار حكماً لقصده الرجوع) الى دار الحرب. و الرجوع منصوب على انه مفعول المصدر، و المصدر يعمل عمل فعله. فان قلت استدل الشافعي(٢) رحمه الله تعالى بقضية زينب(٣) رضي الله تعالى عنها ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم انها هاجرت من مكة الى المدينة و خلفت زوجها أبا العاص بمكة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول، فعلم ان التباين لايوجب الفرقة. قلت ردها عليه الصلوة و السلام بالنكاح الجديد معنى قوله - بالنكاح الاول - أى بحرمة النكاح الاول(٤) و قد صح في السنن عند الترمذي و ابن ماجة و احمد انها ردت بعد ست سنين في

---

(١) لم يتباين - ن - لم تتباين. (٢) استدل الخ راجع لهذا المبحث المبسوط للسرخسى ص٥١ ج٥ و فتح القدير ص٢٩٢ ج٣ و اعلاء السنن باب اذا اسلم احد الزوجين يفرق بينهما الخ ص٩٦ ج١١ و مابعده و اوجز المسالك نكاح المشرك اذا اسلمت زوجته قبله ص٣٠٩ ج٣ و ما بعده و المغنى ص٥٣٥ ج٧ و فتح البارى باب نكاح من اسلم من المشركات الخ و بعده باب بلاترجمة ص٥٢١ الى ص٥٣٠ ج٩ و الجوهر النقى مع البيهقي باب من قال لاينفسخ النكاح بينهما باسلام احدهما الخ ص١٨٦ ج٧ و تفسير احكام القرآن للجصاص ص٤٣٨ ج٣ و نصب الراية ص٢٠٩ ج٣ و تلخيص الحبير ص٣٠٤ ج٢. (٣) بقضية زينب رضي الله عنها و في ابى داود باب الى متى ترد عليه امرأته اذا اسلم بعدها ص٣١١ ج١ و لفظه عن ابن عباس رضي الله تعالى قال رد رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته زينب رضي الله عنها على ابى العاص رضي الله عنه بالنكاح الاول لم يحدث شيئا قال محمد بن عمرو في حديثه بعد ست سنين و قال الحسن بن على بعد سنتين. و الترمذي باب ماجاء في الزوجين المشركين يسلم احدهما ص١٣٦ ج١ و لفظه عن ابن عباس رضي الله عنه قال رد النبي صلى الله عليه وسلم ابنته زينب على ابى العاص بن الربيع رضي الله عنه بعد ست سنين بالنكاح الاول و لم يحدث شيئاً و ابن ماجة باب الرجلين يسلم احدهما قبل الآخر ص١٤٦ و لفظه عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد ابنته على ابي العاص بعد سنتين بنكاحها الاول و كذا في نصب الراية ص٢٠٩ ج٣ و مسند احمد ص٢١٧ ج١ طبع قديم. (٤) بحرمة النكاح الاول و مما يدل على هذا التاويل و التوجيه ما روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم رد ابنته زينب على ابى العاص بن الربيع بمهر جديد و نكاح جديد رواه الترمذي باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم احدهما ص١٣٦ ج١ و قال الترمذي =>

رواية، وفي رواية أخرى بعد سنتين، و عند الخصم تثبت الفرقة بانقضاء العدة، و ان لم يثبت التباين فكيف يحتج به علينا. فان قلت استدل ايضا بحديث ابي سفيان رضي الله تعالى(١) فانه اسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين اتى به العباس و زوجته هند بمكة و هي دار حرب اذ ذاك و لم يامرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما بينه و بين امرأته هند، و لما فتح عليه الصلوة و السلام مكة هرب عكرمة بن ابى جهل و حكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما و أخذت الامان لزوجها و ذهبت فجاءت به، و لم يجدد عليه الصلوة و السلام النكاح بينهما، قلت الصحيح(٢) أن اباسفيان رضي الله عنه لم يحسن اسلامه يومئذ، و انما اجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لشفاعة عمه العباس رضي الله تعالى عنه، و عكرمة و حكيم بن حزام رضي الله عنهما انما هربا الى الساحل و كانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين، و قد قال الزهري ان دار الاسلام تتميز من دار الحرب بعد فتح مكة و لم يوجد تباين الدارين يومئذ. فان قلت قال الله تعالى و المحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم عد المنكوحات من المحرمات، ثم استثنى المملوكات ملك اليمين مطلقاً و لم يفصل بينهما اذا كان زوج المسبية معها او لم يكن، والمطلق يجري على اطلاقه عندكم، فكيف لاتجوزون وطئ المسبية إن سبي معها زوجها، روى في السنن(٣) مسنداً الى ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لاتوطأ حامل حتى تضع، و لا غير ذات حمل حتى تحيض و لا فصل فيه أيضا. قلت أما الآية فان قوله تعالي ما ملكت ايمانكم عام خص

=> هذا حديث في اسناده مقال و العمل على هذا الحديث عند اهل العلم الخ و في اعلاء السنن ص٩٦ ج١١ قلت و في الجوهر النقى ص٩١ ج٢ حديث عمرو بن شعيب عندنا صحيح الخ و قد اجاب صاحب اعلاء السنن عن ضعف هذا الحديث و اثبت ان هذا الحديث صحيح او حسن و قد اطال الكلام على هذا الموضوع. (١) حديث ابى سفيان رضي الله عنه رواه الشافعي رحمه الله تعالى في الام و البيهقي في سننه ص١٨٦ ج٧ و قضية عكرمة رضي الله عنه رواها الامام مالك في المؤطا عنوان نكاح المشرك اذا اسلمت زوجته قبله ص٥٠٧ و البيهقي ص١٨٧ ج٧. (٢) الصحيح الخ كذا في فتح القدير ص٢٩٣ ج٣. (٣) السنن ابوداود باب في وطى السبايا ص٣٠٠ ج١ و مسند احمد طبع قديم ص٦٢ و ص٨٧ ج٣ و في الترمذى كتاب النكاح باب ماجاء يسبى الامة و لها زوج الخ ص١٣٥ ج١ عن ابى سعيد الخدرى رضي الله عنه قال اصبنا سبايا يوم اوطاس لهن ازواج في قومهن فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت و المحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم هذا حديث حسن انتهى و راجع اعلاء السنن ص١١٠ ج١١.

و اذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز أن تتزوج و لا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليها العدة، لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام و لابى حنيفة رحمه الله تعالى انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهاراً لخطره و لا خطر لملك الحربي، و لهذا لاتجب العدة على(١) المسبية و إن كانت حاملاً لم تتزوج حتى تضع حملها، و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يصح النكاح و لايقربها زوجها حتى تضع حملها، كما في الحبلى من الزنا. وجه الاول انه ثابت النسب، فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من

منه البعض، فيخص المتنازع بما اذا اشترى الأمة مع زوجها لايجوز للمشترى أن يطأها مع وجوب ملك اليمين بالاجماع فكذا اذا سبى الامة و زوجها كان مسلماً أو ذمياً لايجوز للسابي وطأها مع وجود ملك اليمين، فلما كان البعض مخصوصاً حملنا الآية على ما اذا سبيت المرأة وحدها و حصل بين الزوجين تباين حكماً. و الجواب عن سبايا أوطاس فانهن كن سبين وحدهن دون أزواجهن، فان الرجال كانوا قد خرجوا للقتال و خلفوا النساء والذرارى في الحصن، فلما انهزموا استولى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحصن، و سبى النساء دون الازواج، و أوطاس اسم موضع بقرب مكة على ثلاث مراحل من مكة والله اعلم. (و اذا خرجت المرأة الينا مهاجرة) أى حال كونها مهاجرة من دار الحرب الى دار الاسلام، سواء كانت مسلمة او ذمية (جاز أن تتزوج و لاعدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) إلا ان تكون حاملاً (و قالا عليها العدة) أى قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى عليها أن تعتد و لايجوز لها التزوج الا بعد العدة (لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام، فيلزمها حكم الاسلام) لانها حرة فارقت زوجها بعد الاصابة، فتلزمها العدة، كالمطلقة في دارنا، و به قال جمهور العلماء (و لابى حنيفة رحمه الله تعالى انها) أى أن العدة (أثر النكاح المتقدم وجب اظهاراً لخطره و لاخطر لملك الحربي، و لهذا) أى و لاجل أن ليس لملك الحربي خطر (لاتجب) أى العدة (على المسبية) بالاتفاق (و إن كانت) أى المرأة المهاجرة المذكورة (حاملاً لم تتزوج حتى تضع حملها) للنص (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى) رواها الحسن عنه(٢) (انه يصح النكاح و لا يقربها الزوج حتي تضع حملها، كما في الحبلى من الزنا) لايصح الوطئ حتى تضع حملها (وجه الاول) و هو أنه لاتتزوج حتى تضع حملها (انه ثابت النسب) من الغير (فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من

---

(١) لاتجب العدة على - ن - لاتجب على. (٢) رداها الحسن عنه و في العناية ص٢٩٦ج٣ و روى ابويوسف =>

النكاح احتياطاً. قال و اذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق، و هذا عند ابي حنيفة و ابى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبر(١) بالاباء و الجامع ما بيناه. و ابويوسف رحمه الله تعالى مر على ما أصلنا له في الاباء. و ابو حنيفة رحمه الله تعالى فرق بينهما، و وجهه أن الردة منافية للنكاح لكونها

النكاح احتياطاً) في باب النسب كأم الولد حبلت من مولاها لايزوجها حتى تضع (و اذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام) و العياذ بالله تعالى (وقعت الفرقة) بينهما (بغير طلاق) سواء دخل بها او لم يدخل (و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق) و ان كانت منها فهو كما قالا. و في مغنى الحنابلة(٢) اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم، و حكي عن داود أنه لاينفسخ بالردة، و إن كانت الردة بعد الدخول فكذلك في احدى الروايتين عن احمد بن حنبل، و هو قول الحسن و عمر بن عبد العزيز و أبى حنيفة و مالك و الثوري و زفر و أبى ثور و ابن المنذر. و في الرواية الثانية يقف على انقضاء العدة و هو قول الشافعي و اسحاق ثم من المالكية من جعل الردة فسخاً. و منهم من جعلها طلقة بائنة. و منهم من جعلها طلقة رجعية. و منهم من قال لو أسلم يعود الى زوجته كما كانت بغير طلاق و لا فسخ كما يعود المرتد الي ماله على المعروف من كل مذهب، و عند ابن ابى ليلى لاتقع الفرقة بالردة قبل الدخول و بعده، لكن يستتاب المرتد، فان تاب فهي امرأته، و ان مات على الردة او قتل ورثته امرأته (هو) أى محمد رحمه الله تعالى (يعتبر بالاباء) أى يعتبر الردة بالاباء (و الجامع بينهما ما بيناه) و هو ما ذكره قبل هذا قريباً بقوله لهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه، فينوب القاضي منابه في التسريح، فكذلك بالردة امتنع عن الامساك، فناب القاضي منابه (و ابويوسف رحمه الله تعالى مر على ما اصلنا له في الاباء) و هو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان، فلايكون طلاقاً كالفرقة بسبب الملك، و هذا ينتقض بالخلع (و ابوحنيفة رحمه الله تعالى فرق بينهما) اي بين الاباء والردة(٣) (و وجهه) اي وجه الفرق (ان الردة منافية للنكاح لكونها) أى لكون الردة

=> و الحسن بن زياد رحمهما الله تعالى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يصح النكاح و لايقربها زوجها الخ.

(١) يعتبر - ن - يعتبره. (٢) مغنى الحنابلة ص٥٦٥ ج٧ و مابعده. (٣) بين الاباء و الردة فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة كذا في العناية.

منافية للعصمة و الطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقاً، بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف، فيجب التسريح بالاحسان على ما مر. و لهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء و لاتتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها، و نصف المهر إن لم يدخل بها، و ان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها، و ان لم يدخل بها فلامهر لها و لانفقة، لان الفرقة من قبلها. قال و اذا ارتدا معاً ثم اسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً. و قال زفر رحمه الله تعالى يبطل لان ردة احدهما منافية، و في ردتهما ردة احدهما. و لنا ما روى أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا و لم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين بتجديد الانكحة،

(منافية للعصمة) لبطلان العصمة عن نفسه و املاكه بها فيزول ملك النكاح بها، او لانها موت حكماً (و الطلاق رافع) للنكاح، و ليس بمناف له (فتعذر أن تجعل طلاقاً بخلاف الاباء، لانه يفوت الامساك بالمعروف، فيجب التسريح بالاحسان على ما مر) لان الاباء امتناع عن الامساك بالمعروف مع قدرته على الامساك، فينوب القاضي منابه في التسريح. (و لهذا) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء أى لاجل ذلك (تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء) أى على حكم الحاكم، لانها ليست للمنافاة، فيتوقف حكمه على القضاء (و لاتتوقف) على القضاء (بالردة) لان النافي لايتوقف حكمه على القضاء كالمحرمية (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها و نصف المهر إن لم يدخل بها) بالنص (و إن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها، و ان لم يدخل بها فلامهر لها و لانفقة، لان الفرقة من قبلها) فلذلك يسقط المهر و النفقة كالناشزة لا نفقة لها (و إن ارتدا معاً) أى ارتد الزوجان معاً (ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً) أى من حيث الاستحسان (و قال زفر يبطل) و هو القياس و به قال الشافعي و مالك و احمد (لان ردة احدهما منافية، و في ردتهما ردة احدهما) اذا كانت منافية للنكاح، فردتهما بالطريق الاولى، (و لنا ما روى) و هو وجه الاستحسان (أن بني حنيفة) و هم حي من العرب (ارتدوا ثم اسلموا و لم يأمرهم الصحابة رضي الله تعالى عنهم بتجديد الانكحة) قال مخرج الاحاديث(١) هذا غريب و قال الاترازي وجه الاستحسان ما روى اصحابنا في المبسوط(٢) وغيره أن بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة، و بعث اليهم أبوبكر الصديق رضي الله عنه الجيوش حتى أسلموا و لم يأمرهم بتجديد الانكحة و لا احد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و

---

(١) مخرج الاحاديث اي الزيلعى رحمه الله في نصب الراية ص٢١٣ج٣. (٢) المبسوط للسرخسي ص٤٩ ج٥.

و الارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ. و لو أسلم احدهما بعد الارتداد (١) فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة، لانه مناف كابتدائها.

اجماعهم(٢) حجة يترك به القياس. فان قلت من الجائز أنهم ارتدوا على التعاقب، فمن أين يعرف أنهم ارتدوا جميعاً، بل الغالب التعاقب في الردة، و هو الظاهر، قلت سكوت الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن تجديد الانكحة دليل على عدم التعاقب، لانه لو كان ارتدادهم على التعاقب لأمروا بتجديد الانكحة، لان السكوت عن الحق لايليق بجنابهم (و الارتداد منهم واقع معاً) هذا جواب(٣) عما يقال أن ارتداد بني حنيفة ما وقع جملة حتى يستقيم التعلق به، فاجاب بقوله و الارتداد منهم أي من بني حنيفة واقع منهم جميعاً لجهالة التاريخ لهيئة ارتدادهم، فيجعل كأنه وجد جملة كالغرقى و الحرقى و الهدمى (و لو أسلم احدهما) أى احد الزوجين المرتدين (بعد الارتداد) قبل الآخر (فسد النكاح بينهما) يعني تقع الفرقة بينهما باجماع علمائنا (لاصرار الآخر على الردة لانه) أى لان اصراره على الردة (مناف) أى للنكاح (كابتدائها) أى كابتداء الردة اى كانشائها حتى لايجب(٤) لها شيء إن كان المسلم هو الزوج قبل الدخول. و إن كانت هي التى أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق، و إن وجد الدخول فلها المهر كاملاً في الوجهين، لان المهر يستقر بالدخول، و يصير ديناً في ذمة الزوج و الديون لاتسقط بالردة، و عند زفر و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى اسلام أحدهما لايؤثر في الفرقة الواقعة بارتدادهما و الله اعلم.

---

(١) و اجماعهم الخ و في العناية ص٢٩٨ ج٣ و الصابة متوافرة فحل ذالك محل الاجماع الخ. (٢) الارتداد فسد - ن - الارتداد معا فسد. (٣) جواب الخ كذا في الكفاية ص٢٩٨ ج٣. (٤) حتى لايجب الخ كذا في الفتح و العناية ص٢٩٩ ج٣.

باب القسم

و اذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين أو احداهما بكراً و الاخرى ثيباً لقوله عليه الصلوة و السلام من كانت له امرأتان و مال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة و شقه مائل.

(باب القسم)

أي هذا باب في بيان أحكام القسم بفتح القاف، مصدر قسم الشيء فانقسم، و بكسر القاف النصيب و القسمة إسم للمقاسمة و الانقسام و القسم بفتحتين اليمين. و قال الاترازي بفتح القاف مصدر، و هو الرواية عن شيوخنا. قلت هذا عجيب لايحتاج الى روايته، هكذا عن شيوخه، لان كل واحد يعلم أنه بالفتح في باب التعديل بين النساء، و يعلم أنه بالكسر النصيب. و لما ذكر(١) جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة، و الموجب لتأخيره شدة الاحتياج الى معرفة غيره على ما لا يخفى. (و اذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين او احداهما بكراً و الأخرى ثيباً) قال، و اذا كان بلفظ التذكير، و إن كان مستنداً الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل، كقولهم حضر القاضي امرأة، و هذا جائز خلافاً للمبرد، و قال حرتان ليشمل المسلمة و الكتابية و المراهقة و البالغة والمجنونة التى يخاف منها، و الحائض و النفساء و الحامل و الحائل و الصغيرة التي يمكن وطئها و المحرمة و المولى عنها و المظاهر منها و الجديدة و القديمة فالكل سواء، و به قال الحكم و حماد رحمهما الله تعالى و قال مالك(٢) و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى يقيم عند البكر الجديدة سبعاً، و عند الثيب الجديدة ثلاثاً، و لايحتسب عليها بذلك، و هو قول ابراهيم النخعي و عامر الشعبي و اسحاق بن راهوية، و اختاره ابن المنذر، و قيل للبكر ثلاث و للثيب ليلتان، هكذا روى عن سعيد بن المسيب و الحسن البصري و خلاس بن عمرو و نافع مولى ابن عمر (لقوله عليه الصلوة و السلام) أى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من كانت له امرأتان و مال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة و شقه مائل) هذا الحديث(٣) أخرجه اصحاب السنن

---

(١) و لما ذكر الخ كذا في العناية ص٢٩٩ ج٣. (٢) و قال مالك رحمه الله تعالى الخ راجع لهذا المبحث عمدة القاري باب اذا تزوج الثيب على البكر الخ ص٢٠٠ ج٢٠ و فتح الباري ص٣٩٣ ج٩ و اعلاء السنن ابواب القسم ص١١٣ ج١١ و اوجز المسالك عنوان المقام عند الايم و البكر ص٢٦٣ ج٤ والمغنى ص١٥٩ ج مع الشرح الكبير ص١٦٥ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٤٣٦ ج١٦ و المبسوط للسرخسي باب القسمة بين النساء ص٢١٧ ج٥.
(٣) هذا الحديث اخرجه اصحاب السنن الخ راجع نصب الراية ص٢١٤ ج٣ و فتح القدير ص٣٠٠ ج٣ و =>

و عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلوة و السلام كان يعدل في القسم بين نسائه، و كان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلاتؤاخذني فيما لا املك، يعني زيادة المحبة و لافصل فيما روينا، و القديمة و

الاربعة من حديث همام بن يحيى عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت ... الى آخره، و رواه ابن حبان في صحيحه و الحاكم في مستدركه. و قال حديث حسن صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه. و في رواية الترمذي و شقه ساقط. و قال شيخنا، هل المراد(١) به سقوطه حقيقة، او المراد به سقوط حجته بالنسبة الى إحدى امرأتيه التي مال اليها مع الاخرى يحتمل الامرين، و لا مانع من الحقيقة، و يدل على ارادة الحقيقة قوله في رواية ابى داود مائل، فهو ظاهر أنه ليس المراد سقوط الحجة، و انما المراد سقوط احد شقيه، يعني ميلانه، و فيه أن الجزاء من جنس العمل، فلما لم يعدل و جار عن الحق، و الجور الميل كان عذابه بأن يجيء يوم القيامة على رؤوس الاشهاد و أحد شقيه مائل (و عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه، و كان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلاتؤاخذني فيما لا املك) هذا أيضا اخرجه الائمة(٢) الاربعة عن عبدالله بن زيد عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره، و رواه ابن حبان في صحيحه و الحاكم في مستدركه، و قال حديث صحيح على شرط مسلم، و لم يخرجاه. قوله - فيما أملك - اى فيما قدرتنى عليه مما يدخل تحت القدرة و الاختيار، بخلاف ما لاأقدر عليه من ميل القلب، فانه لايدخل تحت القدرة (يعني زيادة المحبة) هذا ليست من لفظ الحديث، و انما هو تفسير من الرواة. و حكى الترمذي عن بعض اهل العلم أنه فسره بالحب و المودة، و رواه البيهقي(٣) عن الشافعي في تفسير الحديث، قال يعني و الله أعلم قلبه، و كذا قال ابوداود في سننه يعني القلب، و فسره الخطابي بميل القلوب (و لا فصل فيما روينا) أى لافصل بين البكر و الثيب فيما روينا من الحديث المذكور (و القديمة و

=> الترمذي باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ص١٣٦ ج١ و قال الحافظ في الدراية رجاله ثقات و صححه ابن حبان كما في حاشية نصب الراية و ابوداود باب في القسم بين النساء ص٢٩٧ ج١ و النسائى كتاب عشرة النساء ص٩٤ ج٢ و ابن ماجة باب القسمة بين النساء ص١٤٣و مسند احمد ص٢٩٥، ص٣٤٧ و ص٤٧١ ج٢.
(١) هل المراد الخ كذا في عمدة القاري باب العدل بين النساء ص١٩٩ ج٢٠. (٢) الائمة الاربعة الترمذي ص١٣٦ ج١ و ابوداود ص٢٩٧ ج١ و النسائي ص٩٤ ج٢ و ابن ماجة ص١٤٣ و نصب الراية ص٢١٤ ج٣. (٣) البيهقي في سننه باب ماجاء في قول الله عزوجل و لن تستطيعوا ان تعدلوا الخ ص٢٩٨ ج٧.

الجديدة سواء لاطلاق ما روينا، و لان القسم من حقوق النكاح و لاتفاوت بينهن في ذلك، و الاختيار في مقدار الدور الى الزوج،

الجديدة سواء) و قد ذكرنا مذهب الشافعي رحمه الله تعالى عن قريب، و لكن نوضح هنا باكثر من ذلك، فنقول قال الشافعي و مالك و احمد و ابوعبيد رحمهم الله تعالى ان كانت جديدة بكراً أقام عندها بعد العقد سبعاً من غير القضاء، و إن كان ثيباً أقام عندها ثلاثاً من غير قضاء، و لو شاء اقام عندها سبعاً مع القضاء. و له في القضاء وجهان(١) احدهما أن يقضي جميعاً، و هو ظاهر السنة و الثاني يقضي ما زاد على الثلاث، و في الجواهر و المغنى للامة الجديدة سبع اذا كانت بكراً و ان كانت ثيباً فلها ثلاث عند المالكية و الحنابلة، فجعلوها كالحرة البكر والثيب و للشافعية(٢) ثلاثة أقوال، احدها التسوية بين الحرة و الامة. الثاني للامة النصف كسائر القسم. الثالث للبكر من الاماء اربع، و للثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة، ذكره في النهاية لامام الحرمين. و في الجواهر الزيادة حق الزوجة أو حق الزوج أو حقهما فيه اختلاف. و في الجواهر و النهاية و المغنى(٣) على ولي المجنون أن يطوف به على نسائه. و في النهاية لو ترك حق واحدة و خص التزوج بالباقية كان ظلما و يجب عليه القضاء، و عندنا ما ذكره في المحيط و المبسوط(٤) الزوج لو قام عند واحدة شهراً ظلماً ثم طلب القسم من الباقيات أو بغير طلب فليس عليه أن يعوض، لانه ليس بمال، فلم يكن عليه ديناً في الذمة، لكنه ظالم يوعظ، فان استمر يؤدب تعزيراً. و لو جعلت له الحرة مالا على أن يزيد في أيامها فهي باطلة، و لها أن ترجع في مالها، و إن زادها في أيامها، لاَن ذلك رشوة(٥) كالرشوة في الحكم. و كذا لو حطت من مهرها شيئاً بهذا الشرط، و به قال الشافعي و احمد و قال ابوثور هو جائز و هو مذهب الحسن البصري ذكره في الاشراف (لاطلاق ما روينا) قال الاترازي هذا تكرار بلافائدة، لان عدم القصد فيما رواه يعلم من قوله - لاطلاق ما روينا - و ما كان يحتاج الى ذكرهما جميعاً. و قال الاكمل الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر و الثيب، و في تفضيل الجديدة على القديمة نفي المصنف الاول بقوله و لا فصل فيما روينا، و الثاني لاطلاق ما روينا. قلت لكن النظر في تصويب احدهما (و لان القسم من حقوق النكاح و لاتفاوت بينهن في ذلك) اي بين النساء (و الاختيار في مقدار الدور الى الزوج) يعني إن شاء ثلث لكل واحدة، و إن شاء سبع لكل واحدة الى غير ذلك، و ليس

---

(١) وجهان الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٤٣٦ ج١٦. (٢) للشافعية الخ كذا في المغنى ص١٦٠ ج٨. (٣) المغنى ص١٣٩ ج٨ و كذا في فتح القدير ص٣٠١ ج٣. (٤) المبسوط للسرخسي ص٢١٩ ج٥ نحوه. (٥) رشوة الخ كذا في المبسوط ص٢٢١ج٥ و راجع للفروع المتعلقة فتاوى هندية الباب الحادى عشر في القسم ص٣٤٠ ج١.

لان المستحق هو التسوية دون طريقها، و التسوية في البيتوتة(١) لا في المجامعة، لانها تبتنى على النشاط، و إن كانت احداهما حرة و الأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم و للأمة الثلث بذلك و رد الأثر

للمرأة أن تقول بت عندى ليلة و ليلة أخرى عند صاحبتي، لان المقصود هو العدل، و ذلك حاصل كيف كان (و لان المستحق هو التسوية) أى بين الزوجات (دون طريقها) أى طريق التسوية، و في غالب النسخ دون طريقه، و قال الاترازي أى دون طريق العدل، يعني يبيت عند أحدى المرأتين مثل ما يبيت عند الاخرى، فان بات عند هذه ليلة يبيت عند الاخرى كذلك، و ليس لها أن تقول بت عندى ليلة و بت عند صاحبتي مثل ذلك، لان المستحق عليه العدل لاطريقه لان طريقه مفوض الى الزوج. ثم قال الاترازي و تذكير الضمير في طريقه، و ان كان راجعاً الى التسوية لارادة العدل، و مثل ذلك جائز (و التسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة) قال في شرح الكافي و هذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة و المؤانسة لا في المجامعة، لان ذلك شيء يبتنى على النشاط، و لايقدر على اعتبار المساواة فيه، و هو نظير المحبة بالقلب (لانها) أى لان المجامعة (تبتنى على النشاط) كما ذكرنا (و إن كانت احداهما حرة و الاخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم، و للأمة الثلاثة بذلك و رد الاثر) و هو ما رواه ابوبكر بن ابى شيبة(٢) و عبد الرزاق في مصنفيهما و الدارقطنى ثم البيهقي في سننهما عن ابن ابى ليلى عن المنهال بن عمرو عن عباد بن عبدالله الاسدى عن علي رضي الله تعالى عنه، قال اذا نكحت الحرة على الامة فلهذه الثلثان، و لهذه الثلث، لان الامة لاينبغى لها أن تتزوج على الحرة، و المنهال بن عمرو فيه مقال(٣) و عباد ضعيف قال في التنقيح قال البخاري فيه نظر، و روى البيهقي عن ابن المسيب و عن

---

(١) و التسوية في البيتوتة - ن - و التسوية المستحقة في البيتوتة. (٢) ابوبكر بن ابى شيبة عنوان في الحرة و الامة اذا اجتمعتا كيف قسمتهما ص١٥٠ ج٤/٢ و عبدالرزاق في مصنفه .... و الدارقطني ص٢٨٥ ج٣ و البيهقي في سننه باب الحر ينكح حرة على امة ص٢٩٩ ج٧ و الحجج للامام محمد ص٣١٢ و التفصيل في نصب الراية ص٢١٥ ج٣. (٣) فيه مقال و في هامش نصب الراية ص٢١٥ ج٣ المنهال بن عمرو. وثقه ابن معين و النسائي و العجلي و قال الدارقطنى و له عند البخاري حديثان و قال ابن الهمام في فتح القدير ص٣٠٢ ج٣ و تضعيف ابن حزم هذا الاثر بالمنهال بن عمرو و بابن ابى ليلى ليس بشيء لانهما ثبتان حافظان و قضى به ابوبكر و على رضي الله تعالى عنهما و هو الصحيح من قول ابراهيم و سعيد بن المسيب و مسروق و الشعبي و الحسن البصري و روى عن عطاء و سعيد بن جبير و محمد بن علي بن الحسن و هو قول عثمان البتي و الشافعي رحمهم الله تعالى كذا في المحلي ص٦٦ ج١٠ انتهى.

و لان حل الامة أنقص من حل الحرة فلابد من اظهار النقصان في الحقوق و المكاتبة و المدبرة و ام الولد بمنزلة الأمة لان الرق فيهن قائم. قال و لا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن و الاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها. و قال الشافعي رحمه الله تعالى القرعة مستحقة لما روى أن النبي عليه الصلوة و السلام كان اذا اراد سفراً اقرع بين نسائه، الا أنا نقول أن القرعة لتطييب قلوبهن، فيكون من باب الاستحباب، و هذا

سليمان بن يسار أن الحرة إذا اقامت على ضرات فلها يومان، و للامة يوم، و به قال الشافعي و احمد و مالك في رواية. و قال مالك في رواية أخرى انهما سواء في استحقاق القسم (و لان حل الامة انقص من حل الحرة) لانها على النصف من الحرة في غالب الحقوق (فلابد من اظهار النقصان في الحقوق) لئلا يلزم التسوية (و المكاتبة والمدبرة و أم الولد بمنزلة الامة، لان الرق فيهن قائم) فيكون لهن الثلث من القسم (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و لا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن، و الاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها. و قال الشافعي رحمه الله تعالى(١) القرعة مستحقة) حتى لو سافر بدون القرعة بواحدة يقضى ما مضى، يعني يقيم عند من لم يسافر معها مثل تلك الايام، و بالقرعة لايقضى، و به قال احمد (لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفراً اقرع بين نسائه) هذا الحديث أخرجه الجماعة(٢) من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها، قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد السفر اقرع بين نسائه فايتهن خرج سهمها خرج بها معه، أخرجوه مختصراً و مطولاً، بحديث الافك (الا أنا نقول) يعني نعمل بالحديث كما يعمل الشافعي رحمه الله تعالى غير أنا نقول (إنا القرعة لتطييب قلوبهن فيكون) أى القرعة (من باب الاستحباب) و الشافعي رحمه الله يعمل بظاهره و نحن نقول أن التسوية بينهن لم تكن واجبة على النبي صلى الله عليه وسلم في الحضر، ففي السفر أولى، و انما كان يقرع في السفر لما ذكرنا (و هذا) يعني كون القرعة من

---

(١) و قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع المغنى ص١٥٥ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٤٣٩ ج١٦. (٢) الجماعة البخاري في مواضع منها تفسير سورة النور ص٦٩٦ ج٢ و مسلم كتاب التوبة باب حديث الافك ص٣٦٤ ج٢ و باب فضائل عائشة ص٢٨٦ ج٢ و ابن ماجة كتاب النكاح باب القسمة بين النساء ص١٤٣ و مسند احمد ص١١٤و ص١١٧ و ١٩٧ و ص٢٦٩ ج٦ و من البخاري كتاب الهبة و الجهاد و الشهادات و المغازي و النكاح و نصب الراية ص٢١٦ ج٣.

لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج، الا ترى(١) ان له أن لايستصحب واحدة منهن، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن و لايحتسب عليه بتلك المدة و إن رضيت أحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز، لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سالت رسول الله عليه الصلوة و السلام أن يراجعها و تجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها.

باب الاستحباب (لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج، ألاترى) توضيح لما قبله (ان له) أى للزوج (أن لايستصحب واحدة منهن، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن) هذا دليل على جواز أنه لاحق لهن حالة السفر (و لايحتسب عليه بتلك المدة) أى لايحتسب على الزوج السفر يعني اذا سافر باحدى المرأتين شهراً مثلا لايؤمر أن يكون عند الاخرى شهراً آخر بل يسوى بينهما في الحضر ابتداء، و في الغاية ثم لايقضي مدة السفر لواحدة منهن، و كذا لبقية نسائه و قال داود يقضي، و اشترط صاحب الوجيز لسقوط القضاء على مذهب الشافعي رحمه الله تعالى اربعة شرائط، احدها أن يقرع. و الثاني على أن لايعزم على النقلة لان سفر النقلة لايجوز آن يستصحب ببعضهن دون بعض، و في سفر التجارة يجوز. والثالث أن يكون السفر طويلا، لان في السفر القصير لغرض التفرج طريقان، احدهما يستحب القرعة، و يقضي و الثاني كالسفر الطويل، و لايقضى و هو الصحيح عند صاحب التهذيب و التتمة. و الرابع أن لايعزم على الاقامة، و مقصده اربعة أيام او اكثر (و إن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز، لان سودة بنت زمعة رضي الله تعالى عنها سألت رسول الله صلي الله عليه وسلم أن يراجعها و تجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها) مفهوم هذا الحديث انه عليه الصلوة و السلام طلق سودة رضي الله عنها و قال مخرج(٢) الاحاديث، و لم نجد ذلك. قلت روى البيهقي(٣) في سننه باسناده الى عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة رضي الله عنها فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت و الله مالي في الرجال من حاجة، و لكني اريد أن أحشر في أزواجك، قال فرجعها و جعل يومها لعائشة رضي الله عنها و هذا مرسل. و في مستدرك الحاكم(٤) عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت يارسول الله صلى الله عليه وسلم يومي هو لعائشة فقبل ذلك منها رسول الله صلي الله عليه وسلم قالت عائشة رضي الله تعالى عنها، و فيها و في اشباهها أنزل الله تعالى و ان امرأة خافت من بعلها نشوزاً و قال صحيح الاسناد، و

---

(١) الا ترى – ن – الا يرى. (٢) مخرج الاحاديث اي المحدث الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٢١٦ ج٣. (٣) البيهقي باب مايستدل به على ان النبي صلى الله عليه وسلم في سوى ما ذكرنا الخ ص٧٥ ج٧. (٤) و في مستدرك الحاكم الخ كذا في نصب الراية ص٢١٦ ج٣.

و لها أن ترجع في ذلك لانها اسقطت حقاً لم يجب بعد فلايسقط.

لم يخرجاه. و روى البخاري(١) و مسلم عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت ما رأيت امرأة أحب إلى أن أكون في مسلاخها(٢) من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدة، فلما كبرت قالت يارسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان عليه الصلوة و السلام يقسم لعائشة يومين، يومها و يوم سودة، و روى البخاري(٣) أيضا كان عليه الصلوة و السلام يقسم لكل امرأة منهن يومها و ليلتها غير أن سودة بنت زمعة وهبت يومها و ليلتها لعائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم بذلك رضي النبي صلى الله عليه وسلم انتهى. و زمعة بفتحتين اسم رجل (و لها أن ترجع في ذلك) أى للمرأة أن ترجع في قسمها بعد أن وهبت لصاحبتها (لانها اسقطت حقاً لم يجب بعد فلايسقط) فلم يكن اسقاطها يلزمها، فلها المطالبة بعد ذلك عن وجوب الحق، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى الا ان الشافعي قال يشترط قبول الزوج في هبة يومها، و الله اعلم.

---

(١) البخاري نحوه باب القرعة في المشكلات ص٣٧٠ ج١ و كتاب الهبة باب هبة المرأة لغير زوجها ص٣٥٣ ج١ و مسلم كتاب النكاح باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ص٤٧٣ ج١ و اللفظ له كذا في هامش نصب الراية ص٢١٦ ج٣. (٢) مسلاخها بكسر الميم و بالخاء المعجمة هو الجلد و معناه ان اكون انا هي كذا في شرح المسلم للنووى. (٣) البخاري باب هبة المرأة لغير زوجها ص٣٥٣ ج١.

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع و كثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم.

(كتاب الرضاع)

أى هذا كتاب الرضاع، و هو بفتح الراء(١) و هو الاصل، و بكسرها لغة. و قال عياض و الرضاعة بفتح الواو و كسرها فيهما، و أنكر الاصمعى كسرها مع انها في الصحاح رضع الصبي أمه يرضعها رضاعاً، مثل سمع يسمع سماعاً، و أهل نجد يقولون رضع يرضع رضعا بكسر الضاد في المضارع مثل ضرب يضرب ضرباً، و المرضع التي لها ابن رضاع او ولد رضيع، قاله عياض. و قال الجوهري امرأة مرضع اى لها ولد ترضعه فان وصفتها بارضاع الولد قلت مرضعة، و انما كان المقصود من النكاح هو التوالد و التناسل، و الولد لابد له من الرضاع، ناسب ذكرنا الرضاع عقيب النكاح. فان قلت الرضاع سبب التحريم، فكان المناسب أن يذكره في المحرمات. قلت لما خص الرضاع بمسائل شهادة النساء في الرضاع، و مثل خلط اللبن بالرق، و غير ذلك أفرده بكتاب واحد، و الرضاع في الشرع(٢) هو مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص و المص يتناول القليل والكثيرة، و قوله ثدي الآدمية احتراز عن ثدي الشاة و نحوها، فان الرضاع لايثبت به، و المراد من وقت مخصوص هو مدة الرضاع، و في تقديرها اختلاف سيأتي إن شاء الله تعالى (قال قليل الرضاع و كثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم) و كذا(٣) روي عن علي بن ابي طالب، و عبد الله بن مسعود و عبدالله بن عمر و عبدالله بن

---

(١) الرضاع و هو بفتح الراء الخ و في لسان العرب رضع الصبي وغيره يرضع مثال ضرب يضرب لغة نجدية و رضع مثال سمع يرضع رضعاً (بفتح الراء و سكون الضاد) و رضعا (بفتح الراء و الضاد) و رضعاً (بفتح الراء و كسر الضاد) و رضاعا (بفتح الراء و كسرها) و رضاعة (بفتح الراء و كسرها) فهو راضع و تقول هذا اخي من الرضاعة بالفتح و هذا رضيعي كما تقول هذا اكيلى و رسيلى (على وزن شريف) و في الحديث فانما الرضاعة من المجاعة- الرضاعة بالفتح والكسر الاسم من الارضاع فاما من الرضاعة اللؤم فالفتح لا غير و راضع فلان ابنه اي دفعه الى الظئر و نحوه في الصحاح مختصراً - و في فتح القدير ص٣٠٤ ج٣ و الرضاع و الرضاعة بكسر الراء فيهما و فتحها اربع لغات و الرضع الخامسة و انكر الاصمعى الكسر مع الهاء و فعله في الفصيح من حد علم يعلم و اهل نجد قالوا من باب ضرب الخ و نحوه في تكملة شرح المهذب ص٢٠٨ ج١٨ و البحر ص٢٣٧ ج٣.

(٢) و الرضاع في الشرع الخ و في فتح القدير و هو في اللغة مص اللبن من الثدي و منه قولهم لئيم راضع اي يرضع غنمه و لايحلبها مخافة ان يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن و في الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص اى مدة الرضاع المختلف في تقديرها انتهى و كذا في العناية. (٣) و كذا روى =>

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلوة و السلام لاتحرم المصة و لا المصتان و لا الاملاجة و لا الاملاجتان

عباس رضي الله تعالى عنهم، و به قال الحسن البصري و سعيد بن المسيب و طاووس و عطاء و مكحول و الزهري وقتادة و عمرو بن دينار و الحكم و حماد و الاوزاعي و الثوري و وكيع و عبدالله بن المبارك و الليث بن سعد و مجاهد، و زاد الشيخ ابوبكر الرازي عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه والشعبي و النخعي. و قال ابن المنذر و هو قول اكثر الفقهاء. و قال النووي و هوقول جمهور العلماء، و حكى أبوبكر الرازي و ابن قدامة في المغني عن الليث انه قال اجمع المسلمون على أن قليل الرضاع و كثيره يحرم في المهد مايفطر به الصائم، و هو قول مالك في رواية (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايثبت التحريم الا بخمس رضعات) و به قال احمد في ظاهر الرواية و اسحاق و عن احمد ثلاث، و عنه واحدة. و قال الرافعي و ظاهر المذهب وجهان، احدهما كقول ابي جنيفة، و الثاني ثلاث رضعات، و اختاره مشايخنا. و قال ثقات القياس بثلاث رضعات و هو قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه، كذا في شرح الاقطع. و قال ابوعبيد و ابوثور انما تحرم الثلاث من مفهوم لاتحرم المصة و المصتان. و يروى عن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت لا تحرم الا سبع رضعات. و عن حفصة رضي الله تعالى عنها لا تحرم الا عشر رضعات (لقوله عليه الصلوة و السلام) أى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا تحرم المصة و لا المصتان، و لا الاملاجة و لا الاملاجتان) روي هذا الحديث مرفوعا(١) قوله لاتحرم المصة و المصتان من حديث ابن ابي مليكة عن عبدالله بن الزبير عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله علهي وسلم لاتحرم المصة و لا المصتان، و روي قوله و لا املاجة و لا املاجتان من حديث أم الفضل بنت الحارث، قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم و هو في بيتي، فقال يارسول الله صلى الله عليه وسلم اني كانت لي امرأة فتزوجت عليها

=> الخ راجع لهذا المبحث فتح القدير ص٢٠٥ ج٣ و اعلاء السنن كتاب الرضاع ص١٢٠ ج١١ و عمدة القاري باب من قال لا رضاع بعد الحولين ص٩٦ ج٢٠ و فتح الباري ص١٨٢ ج٩ الباب المذكور و اوجز المسالك كتاب الرضاع ص٤٥٧ ج٤ و مابعده. و احكام القرآن للجصاص ص١٢٤ ح٢ و المغنى كتاب الرضاع ص١٩١ ج٩ مع الشرح الكبير و تكملة شرح المهذب ص٢٠٧ ج١٨. (١) مرفوعا رواه مسلم مفرقا في حديثين في كتاب الرضاع ص٤٦٨ و ص٤٦٩ ج١ فروى صدره عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا لاتحرم المصة و لا المصتان و روى باقيه من جديث ام الفضل قالت دخل اعرابي الخ و اخرج عن ام الفضل ايضا انه عليه الصلوة و السلام قال لاتحرم الرضعة و الرضعتان و لا المصة و المصتان. و التفصيل في نصب الراية ص٢١٧ ج٣.

أخرى، فزعمت امرأتي الاولى انها ارضعت الحدثى رضعة او رضعتين، قال النبي صلى الله عليه وسلم لاتحرم الاملاجة و لا الاملاجتان. و رواه ابن حبان في صحيحه(١) حديثا واحداً نحو رواية المصنف من رواية محمد بن دينار حدثنا هشام بن عروة عن ابيه عن عبدالله بن الزبير عن ابيه رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصة و لا المصتان، و لا الاملاجة و لا الاملاجتان. و قال الاترازي قوله - و لا الاملاجة و لا الاملاجتان هذا من تتمة الحديث على ما ذكره صاحب الهداية، و لكن ليس هو بمثبت في الاصول من كتب الحديث، و لهذا لم يثبته الترمذي(٢) في جامعه و أبوداود في سننه على ما رويا لاتحرم المصة و لا المصتان و لا الاملاجة و لا الاملاجتان انتهى. قلت عدم اطلاعه في كتب الحديث و قصر باعه في هذا الفن، الجأه الى هذا الكلام، و كيف يقول و ليس هذا بمثبت في الاصول من كتب الحديث، و قد رواه مسلم كما ذكرنا مفرداً و مشتملاً، و رواه ابن حبان كما رواه المصنف و عدم اثبات الترمذي و ابى داود، هذا لايستلزم نفي أن يكون هذا من الاحاديث المثبتة. قوله - الحدثى - في راية مسلم بضم الحاء المهملة، تأنيث الاحدث، يريد المرأة التي تزوجها بعد الاولى، و الاملاجة بكسر الهمزة و بالجيم المرأة من أملجت المرأة الصبي أي ارضعته و قال ابن الاثير(٣) و يروى لاتحرم الملجة و الملجتان ثم قال و الملج المص، ملج الصبي أمه يملجها ملجاً، و ملجها يملجها اذا رضعها. قلت الاول من باب نصر ينصر. و الثاني من باب علم يعلم. قال الكاكي المصة - مكيدن - و هو فعل الرضع، و الاملاجة - شير دادن - يقال أملجه أي ارضعه. قلت حاصل كلامه يشعر بالفرق بين المصة و الاملاجة، فقال المصة فعل الرضيع و الاملاجة فعل المرأة التي ترضع، لانه قال بالفارسية - شيردادن - يعني اعطاء اللبن من فعل المرأة. فان قلت ما وجه استدلال الشافعي رحمه الله تعالى بالحديث المذكور، فان مذهبه خمس رضعات مشبعات، و الحديث كيف يدل عليه. قلت قال الكاكي وجه تمسك الشافعي بالحديث المذكور ان المصة داخلة في المصتين، كقوله لاأكلم فلاناً يوماً و يومين، حيث لاينتهي اليمين الا بثلاثة أيام، فكانه قال لاتحرم المصتان و الاملاجتان فانتفت الحرمة عن اربع رضعات، و ثبتت الخمس، و هذا ضعيف. و قيل وجه تمسكه لايثبت الا بنفي

(١) ابن حبان في صحيحه في النوع الحادي و الثلاثين من القسم الثالث. (٢) الترمذي في جامعه باب ماجاء لاتحرم المصة و لا المصتان ص١٣٧ ج١ عن عائشة رضي الله تعالى عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتحرم و لا المصتان و ابوداود باب هل يحرم ما دون خمس رضعات عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لاتحرم المصة و المصتان. (٣) ابن الاثير في النهاية ص٣٥٣ ج٤.

و لنا قوله تعالى و أمهاتكم اللاتى ارضعنكم الآية و قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل،

مذهبنا، فاذا نفى مذهبنا بهذا الحديث ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل، و قيل تمسكه بهذا الحديث لنفي مذهبنا، و اثبات مذهبه بحديث عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت كان فيما انزل في القرآن عشر رضعات معلومات، فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن، و كان ذلك مما يتلى بعد النبي صلى الله عليه وسلم و لانسخ بعده، و كان مكتوباً على قرطاس بعده، فدخل داجن البيت فأكله و تمسك في شرح الوجيز وغيره من كتبهم بهذا الحديث أيضا. قلت حديث عائشة رضي الله تعالى عنها رواه مسلم(١) بلفظ و انزل الله في القرآن عشر رضعات معلومات نسخ من ذلك خمس، و صار الى خمس رضعات، فتوفى رسول الله صلي الله عليه وسلم و الامر على ذلك، انتهى. و رواه ابن ماجة(٢) عن عائشة رضي الله تعالى عنها أيضا، و لفظه انها قالت كان مما انزل الله عزوجل من القرآن ثم سقط لايحرم الا عشر رضعات او خمس رضعات، و روى ابن ماجة(٣) أيضا عن عبدالرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها قالت لقد نزلت آية الرجم و رضاعة الكبير عشراً، و لقد كان في صحيفة تحت سريري، فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم و تشاغلنا بموته دخل داجن فأكلها (و لنا قوله تعالى و أمهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية و قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب من غير فصل) أصحابنا استدلوا لمذهبهم بالآية الكريمة، وجه الاستدلال ان الله تعالى جعل علة التحريم فعل الرضاع قل او كثر. و قال ابوبكر الرازي في احكام القرآن اذا اقتضى فعل الرضاع استحقاق اسم الأمومة و الاخوة بوجود نفس فعل الرضاع، و ذلك يقتضى وجوب التحريم بقليل الفعل و كثيره لصدق اطلاق اسم الام عليه، و هذا لان كل حق يتعلق بعلة في الشروع يثبت الحكم بوجوده لاتعدد فيه، و قيل لابن عمران ابن الزبير يقول لابأس بالرضعة و الرضعتين قال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير و قال ابوبكر بن العربي الرضاع وصف ثبت بنفس الفعل، و هذا معلوم عربية، و شرعاً. قال عزوجل و أمهاتكم اللاتي ارضعنكم ارتبط التحريم بالرضاع مطلقاً من غير تقييد بخمس او سبع او عشر او نحو ذلك، فمن قدره بعدد لايدل القرآن عليه فقد رفع حكم الآية بأمر مضطرب لايعول عليه. و استدل أصحابنا أيضا بقول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب، و هذا الحديث أخرجه البخاري و

---

(١) مسلم باب الرضاعة ص٤٦٩ ج١. (٢) ابن ماجة باب لاتحرم المصة و لا المصتان ص١٤١. (٣) ابن ماجة باب رضاع الكبير ص١٤١.

و لان الحرمة و ان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم و انبات اللحم، لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع و ما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به

مسلم من حديث ابن عباس و من حديث عائشة رضي الله عنهما و قد تقدم الكلام فيه في اول الكتاب النكاح(١) قوله - من غير فصل - يعني بين القليل و الكثير في الكتاب و الحديث روت عائشة رضي الله تعالى عنها انه عليه الصلوة و السلام قال إن الله حرم من الرضاع ماحرم من الولادة، متفق عليه. و في البخاري و مسلم يحرم من الرضاع مايحرم من الرحم و في لفظ ما يحرم من النسب من غير تقييد بعدد كالقرآن (و لان الحرمة و إن كانت لشبهة البعضية) هذا دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر، تقديره أن يقال لما كان التحريم باعتبار انشار العظم و انبات اللحم، و ذلك يحصل بالكثير دون القليل، و تقرير الجواب أن الحرمة و إن كانت باعتبار شبهة البعضية الحاصلة من اللبن (الثابتة بنشور العظم و انبات اللحم) قال عليه الصلوة و السلام الرضاع انشر العظم و أنبت اللحم، و الانشار بالراء الاحياء، قال الله تعالى اذا شاء أنشره و المعنى في الحديث نشره، كأنه أحياه، و يروى بالزاي، يقال نشز الشيء اذا ارتفع. (لكنه أمر مبطن) فيه خفاء، و الرضاع سبب ظاهر (فتعلق الحكم) أى حكم الحرمة (بفعل الارضاع) يعني بمجرد الارضاع (و ما رواه) أى ماروواه الشافعي رحمه الله تعالى من قوله لاتحرم المصة... الحديث (مردود بالكتاب) لان العمل بالكتاب اقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله (أو منسوخ به) أى بالكتاب إن كان بعده، و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه انه قال قوله لاتحرم الرضعة و لا الرضعات، كان ذلك، فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فيجعل ذلك منسوخاً حكاه عنه أبوبكر الرازي، و مثله روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه. و قال ابن بطال رحمه الله تعالى أحاديث عائشة رضي الله تعالى عنها مضطربة، فوجب تركها و الرجوع الى كتاب الله تعالى، و حديث الاملاجة و الاملاجتان لايصح لانه يرويه مرة عن ابن الزبير عن رسول

---

(١) في اول كتاب النكاح البناية ص..... ج٦ و حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه البخاري كتاب الشهادات باب الشهادة على الانساب ص٣٦٠ ج١ و باب امهاتكم التي ارضعنكم ص٧٦٤ ج٢ و ابن ماجة باب ما يحرم من الرضاع الخ ص١٤٠. و حديث عائشة رضي الله عنها البخاري ص٣٦١ ج١ و باب الخمس باب ماجاء في بيوت ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ص٤٣٨ ج١ و كتاب النكاح باب و امهاتكم التي ارضعنكم ص٧٦٤ و ص٧٦٦ ج٢ و باب خروج النساء بحوائجهن ص٧٨٨ ج٢ و مسلم كتاب الرضاع ص٤٦٦ ج و ص٤٦٧ ج١ و ابوداود باب ما يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة ص٢٨٧ ج١ و ابن ماجة باب مايحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ص١٤٠.

اللّه صلي اللّه عليه وسلم و مرة عن عائشة و مرة عن عبداللّه بن الزبير أبيه و مثل هذا الاضطراب يسقط. و في المبسوط(١) فأما حديث عائشة فضعيف جداً لانه اذا كان متلواً بعد

(١) المبسوط للسرخسي ص١٣٤ ج٥ و كذالك في الكفاية و فتح القدير ص٣٠٥ و ص٣٠٦ ج٣ و لفظ ابن الهمام رحمه اللّه تعالى ان الذى اثبت (الشافعي رحمه اللّه تعالى) به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي اللّه تعالى عنها قالت كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى النبي صلى اللّه عليه وسلم و هن فيما يقرأ من القرآن قالوا و هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤها و هو لايستقيم الاعلى ارادة نسخ الكل و الا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ و عدمه كما عن الروافض و الا لوجب ان يتلى خمس رضعات الخ فدار الحكم بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي ان يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات و عدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم لم تثبته الصحابة رضي اللّه عنهم و اذا بطل التمسك به و ان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا (ثم قال) و ماروى عنها انه كان في صحيفة تحت سريرى فلما مات صلى اللّه عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فاكلتها لاينفى ذالك النسخ يعني كان مكتوبا و لم يغسل بعد للقرب حتى دخلت الدواجن و الا فالقرآن لاتجوز الزيادة فيه و لا النقص بعده صلى اللّه عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر و انا له لحافظون انتهى و في نصب الراية ص٢١٨ ج٣ عن المعتصر ص٢٠٣ فان قيل فقد روى عن عائشة رضي اللّه عنها توفي رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم و هن مما يقرأ من القرآن فالجواب ان هذا مما رواه عبداللّه بن ابي بكر و قد خالفه القاسم و يحيى و هما اولى بالحفظ منه لو استوى معهما فكيف و هما اعلى مرتبة في العلم و الحفظ مع انه محال لانه يلزم ان يكون بقى من القرآن مالم يجمعه الراشدون المهديون و لو جاز ذالك لاحتمل ان يكون ما اثبتوه فيه منسوخا و ما قصروا عنه ناسخا فيرتفع فرض العمل به و نعوذ باللّه من هذا القول و قائليه مع ان اجلة الصحابة رضي اللّه عنهم على التحريم بقليل الرضاع و كثيرة منهم على بن ابى طالب و ابن مسعود و ابن عباس و ابن عمر رضي اللّه عنهم انتهي و في الاوجز ص٤٧٠ ج٤ تحت قول عائشة رضي اللّه عنها و هن بما يقرأ في القرآن، تعنى ان بعض من لم يبلغه النسخ كان يقرأه لان النسخ لايكون الا في زمان الوحي فكيف بعد وفاته صلى اللّه عليه وسلم ارادت بذلك قرب زمان الوحي قال التوربشتي رحمه اللّه لايجوز ان يقال ان تلاوتها كانت باقية فتركوها فان اللّه تعالى رفع قدر هذا الكتاب المبارك عن الاختلال و النقصان و تولى حفظه و ضمن صيانته فقال عز من قائل انا نحن نزلنا الذكر و انا له لحافظون فلايجوز على كتاب اللّه تعالى ان يضيع منه آية و لا ان ينخرم حرف كان يتلي في زمان الرسالة الخ و قال شيخ مشائخنا القطب الگنگوهى قدس سره في الكوكب (شرح الترمذي) قد نزل في اول الامر و امهاتكم التي ارضعنكم عشر رضعات معلومات ثم نسخ بقوله تعالى خمس رضعات معلومات و حينئذ قال صلى اللّه عليه وسلم لاتحرم المصة و لا المصتان ثم نسخ ذالك باطلاق قوله =>

و ينبغى أن يكون في مدة الرضاع لما نبين ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند ابي حنيفة

النبي صلى الله عليه وسلم فلماذا ما يتلى، لان نسخ التلاوة بعد النبي صلى الله عليه وسلم لايجوز، و ما ذكر أن الداجن دخل البيت فأكل القرطاس غير قوي، لانه يقوى مذهب الروافض، فانهم يقولون أن الصحابة رضي الله عنهم تركوا كثيراً من القرآن بعد النبي صلى الله عليه وسلم و لم يكتبوه في المصاحف، و هو قول باطل بالاجماع، و قيل عجب من الشافعية لايعملون بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه في صوم الكفارة، و يعملون برواية عائشة رضي الله عنها و القرآن لايثبت بخبر الواحد، و العمل بالقراءة الشاذة لايجوز (و ينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين) أي ينبغي أن يكون الرضاع الذي يتعلق به التحريم في مدة الرضاع لابعدها، و في مدتها اختلاف و سنبينه إن شاء الله تعالى. (ثم مدة الرضاع(١) ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة

=> تعالى و امهاتكم التي ارضعنكم الا ان هذا النسخ الثاني لم يبلغ عائشة رضي الله عنها و كانت تعلم ان الامر باق و لذا قالت توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم و الامر على ذالك و الدليل على مقالتنا القراءات المشهورة المتواترة اذ لو كان الامر عند وفاته صلى الله عليه وسلم على ذالك لكانت القراءة كذالك الخ قلت و يحتمل عندى ان الضمير في هن فيما يقرا الى العشر المنسوخ و المعنى ان عشر رضعات نسخ بخمس رضعات نسخ القرآن بالنسة و نسخت تلاوته ايضا لكن لما تاخر تلاوته الى قرب وفاته صلى الله عليهوسلم فبعض من لم يبلغه النسخ كان يقرأه و على هذا فلايحتاج الى الجواب عن آية خمس رضعات لانه ليس بآية بل حكم الحديث و الدليل على تاخر نسخ عشر رضعات ما روى عنها ان آية رضاع الكبير عشرا كانت في صحيفة تحت سريري عند وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما توفى و شغلنا به دخلت داجن للحى فاكلت تلك الصحيفة فهذه بيان للآية المنسوخة و كانت باقية عند عائشة رضي الله عنها الى وفاته صلى الله عليه وسلم لكنها لما كانت منسوخة اطعمها الله الشاة و لم يتأسف بها عائشة رضي الله عنها و قال النووي في شرح المسلم ص٤٦٨ ج١ ان النسخ بخمس رضعات تاخر انزاله جدا حتى انه صلى الله عليه وسلم توفى و بعض الناس يقرأ خمس رضعات و يجعلها قرآنا متلواً لكنه لم يبلغه النسخ لقرب عهده فلما بلغهم النسخ بعد ذالك رجعوا عن ذالك و اجمعوا على ان هذا لايتلى الخ. و في فتح الباري ص١٨٣ ج٩ و ايضا فقول عائشة رضي الله تعالى عنها عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فمات النبي صلى الله عليه وسلم و هن مما يقرأ لاينتهض للاحتجاج على الاصح من قولى الاصوليين لان القرآن لايثبت الا بالتواتر و الراوي روى هذا على انه قرآن لاخبر فلم يثبت كونه قرآنا و لا ذكر الراوي انه خبر ليقبل قوله فيه و الله اعلم انتهى. (١) مدة الرضاع الخ راجع لهذه المسئلة فتح القدير ص٣٠٧ ج٣ و اعلاء السنن ص١٢١ ج١١ و عمدة القاري باب من قال لا رضاع بعد حولين ص٩٦ ج٢٠ و فتح الباري ص١٨١ ج٩ و مابعده و اوجز المسالك رضاعة الصغير ص٤٥٧ ج٤ و المغنى ص٢٠١ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص٢١١ ج١٨ و المبسوط للسرخسي ص١٣٦ ج٥ و في فتح القدير و قالا سنتان و هو قول الشافعي =>

رحمه اللّه تعالى و قالا سنتان و هو قول الشافعي رحمه اللّه تعالى و قال زفر رحمه الّه تعالى ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال، و لابد من الزيادة على الحولين لما نبين فتقدر(١) به. و لهما قوله تعالى و حمله و فصاله ثلاثون شهراً و مدة الحمل أدناها ستة اشهر فبقى للفصال حولان. و قال النبي عليه الصلوة و السلام لا رضاع بعد حولين،

رحمه اللّه تعالى) و عن بعضهم تثبت حرمة الرضاع في جميع العمر (و قالا سنتان) أى قال ابويوسف و محمد رحمهما اللّه تعالى و مدة الرضاع سنتان (و هو قول الشافعي رحمه اللّه تعالى) أى قولهما قول الشافعي، و به قال احمد رحمه اللّه تعالى (و قال زفر رحمه اللّه تعالى ثلاثة احوال) أى مدة الرضاع ثلاث سنين. و اختلفت المالكية بعد الحولين الى شهرين، و في المختصر أيام يسيرة. و قال عبدالملك شهر و نحوه. و في المبسوط عنه يقدر بزيادة الشهور. و في الحاوي مثل نقصان الشهور. و قال ابو الوليد يحرم بعد الحولين الى ثلاث شهور. و ذكر الداودي عنه يحرم بعد سنتين و عند البصري اربع سنة، وقيل خمسة عشر سنة، و قيل عشرون سنة، و قيل اربعون سنة، و قيل سنة، و قيل جميع العمر كما ذكرنا (لان الحول حسن للتحول) هذا دليل زفر رحمه اللّه تعالى أى الحول صالح للتحول، أي لتغير طبع الصبي (من حال الى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع كما في اجل العنين و الزكاة لاشتمال الحول على الفصول الاربعة (و لابد من الزيادة على الحولين) لان الرضيع لايحصل فطامه في ساعة واحدة بل يفطم بالتدريج على وجه ينسى اللبن، و يتعود بالطعام فلابد من الزيادة أى من زيادة المدة على الحولين (لما نبين) يعني في وجه قول ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى (فتقدر) على صيغة المجهول، أى فتقدر الزيادة (به) أى بالحول فيصير ثلاثة احوال (و لهما) أى و لابي يوسف و محمد رحمهما اللّه تعالى (قوله تعالى و حمله و فصاله ثلاثون شهراً و مدة الحمل ادناها ستة اشهر، فبقى للفصال حولان) لانه تعالى قال و فصاله في عامين و لا رضاع بعد الفصال (و قال عليه الصلوة و السلام لا رضاع بعد حولين) هذا الحديث رواه الدارقطني(٢) باسناده عن ابن عباس قال، قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم لا رضاع الا في حولين، و رواه ابن عدي و لفظه لايحرم من الرضاع الا ما كان في الحولين. و قال صاحب التنقيح و الصحيح وقفه على ابن عباس رضي اللّه تعالى عنه و

=> و مالك و احمد رحمهم اللّه تعالى. (١) فتقدر – ن – فيقدر. (٢) الدارقطني عنوان الرضاع ص١٧٤ ج٤ و البيهقي في السنن ص٤٦٢ ج٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢١٨ ج٣ و فتح القدير ص٣٠٧ ج٣.

و له هذه الآية و وجهه انه تعالى ذكر شيئين و ضرب لهما مدة، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما، فبقى في الثاني على ظاهره و لانه لابد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن، و ذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها

لم ار احدا رواه بعد حولين الا المصنف، فكانه نقله عن المبسوط هكذا. (و له) أى و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (هذه الآية) يعني قوله تعالى و حمله و فصاله ثلاثون (و وجهه) أى وجه الاستدلال بها (انه تعالى) أى أن الله تعالى (ذكر شيئين) يعني الحمل و الفصال (و ضرب لهما مدة) و هو قوله تعالى ثلاثون شهراً، فلما كان كذلك (فكانت) أى المدة (لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين) بان قال(١) جعلت الدين الذي على فلان، والدين الذي على فلان سنة يفهم منه تقدير المدة في كل واحد من الدينين (الا انه قام المنقص في احدهما) يعني الحمل و هو حديث عائشة(٢) رضي الله تعالى عنها لايبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين و لو بفلكة مغزل (فبقى في الثاني) و هو الفصال (على ظاهره) و هو ثلاثون شهراً. فان قلت هذا خبر الواحد فلايجوز تغيير الكتاب به. قلت أجيب(٣) بأن الكتاب مؤول قال فخر الاسلام و عامة اهل التفسير ذكروا أن الاجل المضروب للدينين يتوزع عليهما بقدر الامكان، فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية، و يؤيده ما روي أن رجلا تزوج امرأة فولد لستة أشهر، فجيء بها الى عثمان رضي الله تعالى عنه فشاور في رجمها، فقال ابن عباس رضي الله تعالى عنه إن خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم، قالوا كيف قال إن الله تعالى يقول و حمله و فصاله ثلاثون شهراً. و قال الله تعالى و الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين، فحمله ستة أشهر و فصاله حولان، فتركها و اذا لم يكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير (و لانه) دليل آخر، أي و لان الشأن (لابد من تغير الغذاء) في الرضيع (لينقطع الانبات باللبن) و يحصل التغير ابقاء لحياته (و ذلك) أى تغير الغذاء يكون (بزيادة مدة يتعود الصبي فيها) أى في تلك

---

(١)قال الخ و في العناية ص٣٠٨ ج٣ مثل ان يقول لفلان على الف درهم و خمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بكماله الخ و كذا في فتح القدير ص٣٠٨ ج٣. (٢) حديث عائشة رضي الله تعالى عنها الخ اخرجه البيهقي في سننه باب ما جاء في اكثر الحمل ص٤٤٣ ج٧ و الدارقطني في اواخر كتاب النكاح ص٣٢٢ ج٣ و نصب الراية ص٢٦٥ ج٣ باب ثبوت النسب و في فتح القدير بعد ذكر هذا الحديث و مثله مما لايقال الا سماعا لان المقدرات لايهتدى العقل اليها و سنخرجه في موضعه ان شاء الله تعالى و روى عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لايبقى في بطن امه اكثر من سنتين الخ. (٣) اجيب الخ كذا في العناية =>

غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل، لانها مغيرة، فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم و الحديث محمول على مدة الاستحقاق و عليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب. قال و اذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه الصلوة و السلام لا رضاع بعد الفصال،

المدة (غيره) أي غير اللبن، لان القطع عن اللبن دفعة من غير(١) أن يتعود يهلك، و هذا هو الذي وعده المصنف لزفر، بقوله لما نبين لكن زفر رحمه الله تعالى قدره بسنة كما في العنين. و أبوحنيفة رحمه الله تعالى قدرها بأدنى مدة الحمل (فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم) فان الولد(٢) في بطن الام ستة أشهر يبقى، و يتغذى بغذاء الام، و بعد الانفصال غذاؤه اللبن و يصير أصلا في الغذاء بالطعام (و الحديث) و هو قوله - لا رضاع بعد الحولين - (محمول على مدة الاستحقاق) أى الرضاع المستحق، حتى لاتستحق نفقة على الأب بعد ذلك. و قالوا إن تمام الرضاع في حق استحقاق الأجر على الاب مقدر بحولين، حتى لو طلق امرأته و طلبت الارضاع بعد الحولين و أبى الزوج لايجبر على ذلك، و لو وقع ذلك في الحولين يجبر على الاعطاء (و عليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب) أى على استحقاق الصبي الرضاع يحمل قوله حولين كاملين، بدليل قوله تعالى فان ارادا فصالاً و ذلك(٣) لان الرضاع لو كان حراماً بعد الحولين لم يزل الرضاع في دوام زوال الحرمة الثابتة شرعاً (قال و اذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه الصلوة و السلام) أى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا رضاع بعد الفصال) هذا الحديث(٤) رواه الطبراني في معجمه باسناده الى علي رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد فصال، و لايتم بعد حلم رواه عبد الرزاق مرفوعا ثم رواه موقوفاً. و قال العقيلي في كتابه هو الصواب، و رواه الطيالسي في مسنده من حديث جابر رضي الله عنه نحوه. و في اسناده حرام بن عثمان و أعله ابن عدي به بعد أن رواه، و نقل عن الشافعي و ابن معين

=> ص٣٠٨ ج٣. (١) غير الخ و في العناية من غير ان يتعود غيره مهلك الخ. (٢) فان الولد الخ كذا في الكفاية و قال صاحب العناية فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن و غذاء الفطيم اللبن مرة و الطعام اخرى لانه يفطم تدريجاً الخ (٣) و ذالك الخ و في العناية بدليل قوله تعالى بعده فان ارادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي و لو كان الرضاع بعده لم يعلق به لانه لا اثر للتراضي في ازالة المحرم شرعا.
(٤) هذا الحديث الخ راجع للتفصيل نصب الراية ص٢١٩ ج٣ و فتح القدير ص٣١٠ ج٣.

و لان الحرمة باعتبار النشوء و ذلك في المدة اذ الكبير لايتربى به و لا يعتبر الفطام قبل المدة الا في زواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا استغنى عنه، و وجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء، و هل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل(١) لايباح، لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي.

رحمهما الله تعالى انهما قالا الرواية عن حرام حرام (و لان الحرمة باعتبار النشوء و ذلك) أي النشوء (في المدة) لان الحرمة في الرضاع باعتبار الصغير لايتغذى بغيره (اذ الكبير لايتربى به) أي باللبن عادة بوجوب تغذيته بغيره (و لايعتبر الفطام قبل المدة) يعني اذا فطم لايعتبر (الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى) رواه الحسن عنه (اذا استغنى عنه) أي عن اللبن (و وجهه) أي وجه ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى (انقطاع النشوء بتغير الغذاء) أي انقطاع النشوء الصالح باللبن، يعني ان نشوء الصبي باللبن ينقطع بعد استغنائه بالطعام لتغير غذائه لان غذاءه كان لبناً فصار طعاماً، فلاتثبت الحرمة برضاع اللبن بعد ذلك، و لهذا قال عليه الصلوة و السلام في حديث ابي هريرة رضي الله عنه الرضاع ما فتق(٢) الامعاء و كان ذلك قبل الطعام و في الواقعات الفتوى على ظاهر الرواية لايعتبر الطعام قبل المدة (و هل يباح الارضاع بعد المدة، قد قيل لايباح، لان اباحته ضرورية) أي لان اباحة اللبن في المدة لضرورة الولد، و الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلايباح بعد المدة لزوال الضرورة (لكونه جزء الادمي) أي لكون اللبن جزء الادمي، و الانتفاع به حرام، لان الآدمي و جزئه لايجوز أن يكون مبتذلاً مهاناً و سواء كان الارضاع من الام او من الاجنبية. و قال التمرتاشي(٣) و اختلف المشايخ في الانتفاع

---

(١) قد قيل – ن – فقيل. (٢) فتق الخ روى الترمذي في باب ماجاء ان الرضاعة لاتحرم الا في الصغر ص١٣٧ ج١ عن ام سلمة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدى و كان قبل الفطام هذا حديث حسن صحيح و روى ابن ماجة في باب لا رضاع بعد فصال- عن عبدالله بن الزبير رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا رضاع الا ما فتق الامعاء و روى ابوداود في باب في رضاعة الكبير ص٢٨٨ ج١ عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه موقوفا لا رضاع الا ما شد العظم و انبت اللحم و مرفوعا بمعناه و قال انشز العظم. (٣) قال التمرتاشي الخ و في فتح القدير ص٣١٠ ج٣ و اهل الطب يشبتون للبن البنت اى الذي بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين و اختلف المشائخ فيه قيل لايجوز و قيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد و لايخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن و الا فهو معنى المنع. و في البحر ص٢٣٩ ج٣ بعد نقل عبارة فتح القدير المذكورة و لايخفى ان التداوى بالمحرم لايجوز في ظاهر المذهب اصله بول ما يوكل لحمه فانه لايشرب اصلا انتهى.

قال و يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع، فانه يجوز ان يتزوجها، و لايجوز أن يتزوج أم أخته من النسب، لانها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع، و يجوز ان يتزوج(١) أخت ابنه من الرضاع و لايجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ أمها حرمت عليه و لم يوجد هذا المعنى في الرضاع

باللبن للدواء، قيل لم يجز، و قيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد، و في الذخيرة و الروضة فطمت في السنتين و استغنت بالطعام ثم رضعت في المدة من امرأة أخرى لايكون رضاعاً، و ان لم تستغن كان رضاعاً، ذكره الخصاف في رضاعه. و في املاء بشر بن الوليد هو رضاع. و في عمدة الفتاوى ان خيف عليه الهلاك لفطام قبل سنتين و نصف يطالب بالاجرة. و في المحيط الرضاع بعد الفطام لايحرم عند ابي يوسف، و عند محمد لا اعتبار بالفطام في الحولين، بل ذلك عنده محرم. و قال ابوحنيفة و ابويوسف و محمد و زفر لا رضاع بعد مضي المدة، قاله الاسبيجابي رحمه الله (قال) أي القدوري رحمه الله (و يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا) و هو قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب، و قد ذكره في اوائل كتاب النكاح، و استثنى من هذا العموم صورتين احداهما هو قوله (الا أم أخته من الرضاع فانه يجوز أن يتزوجها و لايجوز أن يتزوج أم أخته من النسب لانها تكون أمه او موطوءة أبيه) أي لان أم أخته من النسب تكون أمه اذا كانت الاخت لاب (بخلاف الرضاع) لان المعنى المذكور لم يذكر فيه (و يجوز تزوج أخت ابنه من الرضاع و لايجوز ذلك من النسب) هذه هي الصورة الثانية المستثناة (لانه لما وطئ أمها) أي لان الاب لما وطئ أم أخت ابنه (حرمت) أي أخت الابن (عليه) أي على الاب بالمصاهرة (و لم يوجد هذا المعنى في الرضاع) و اعلم ان المصنف لو قال في المسألة الاولى أم أخته و أخيه لكان اولى، لان الحكم في الوجهين واحد، و كذا لو قال في هذه المسألة أخت ولده ليشمل الذكر و الانثى لكان أولى. و قال الاترازي و قد سنح في خاطري إنشاء سطر لضبط المسألة و ما هذا تزوج أم أختك من رضاع و من نسب محرمة، فراعي و أخت ابن رضاعي حلال، و ما نسب يجوزها اتساع. و اعلم أن كل ما لايحرم من النسب لايحرم بالرضاع كما ذكرنا من الصوتين، و هاهنا صور أخرى من الرضاع دون النسب. الاولى: يجوز له أن يتزوج أم عمه من الرضاع دون النسب. الثانية: يجوز له أن يتزوج بجدة ولده من الرضاع دون النسب. الثالثة: يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب. الرابعة: يجوز

---

(١) ان يتزوج - ن - تزوج.

و امرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لايجوز أن يتزوجها كما لايجوز ذلك من النسب لما روينا،

لها أن تتزوج بأب أخيها من الرضاع، و لايجوز ذلك من النسب. الخامسة: يجوز له أن يتزوج ام خاله من الرضاع دون النسب. السادسة: يجوز لها أن تتزوج بأخ ابنتها من الرضاع دون النسب. و جمع بعض فقهاء بخارى المسائل التي يفارق فيها حكم الرضاع حكم النسب فقال مرتجزاً:

يفارق(١) الارضاع حكم النسب — في خمسة مسطورة في الكتب
ام أخ و أم أخت سيدي — و ام ام الابن فافقه سيدي
و هكذا وقعت اخت الولد — فاقتبس العلم لكيما تهتدي
و أم عم ثم ام عمة — فافقه مقالي لا لقيت عمه
و ام خال ثم ام خالة — و الحق لايخفى من الجهالة
نكاحهن في الرضاع واقع — و ما عداه فالدليل مانع

و قال شيخنا و استثنى بعضهم قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اربع مسائل استثناها الرافعي في الشرع، و زادها بعضهم التي استثناها الرافعي في بيتين، و ذيلت عليهما بالمسائل الثلاثة الاخرى في بيتين آخرين، و البيتين هما:

أربع في الرضاع هن حلال — و اذا ما نسبتهن حرام
جدة ابن و اخته ثم — ام لاخيه و حماقر؟ و السلام

و الذي زاد شيخنا هو قلت:

عزز بأم عم و خال و أخ — ابن فتلك ؟ سبع تمام

و هي ليست بواردات على النص، و لا الشافعي و هو الأم؟ (و امرأة ابيه و امرأة ابنه من الرضاع لايجوز أن يتزوجها كما لايجوز ذلك في النسب لما روينا) و هو قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز تزوج حليلة الابن من الرضاع قوله و امرأة ابيه صورته امرأة يتزوج بها زوج المرضعة ثم فارقها فانها لاتحل لولده ان يتزوجها كما لايجوز ذالك في النسب لما روينا و هو قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع

---

(١) يفارق الخ و في فتح القدير ص٣١١ ج٣

يفارق النسب الرضاع في صور — كام نافلة و جدة الولد
و ام عم و اخت ابن و ام اخ — و ام خال و عمة ابن اعتمد

و كذا في الدر المختار ص٤٤٠ ج٢.

و ذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبنى على ما بيناه. و لبن الفحل يتعلق به التحريم و هو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها و على آبائه و أبنائه، و يصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن أباً للرضيعة و في احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى لبن الفحل لايحرم لان الحرمة لشبهة البعضية و اللبن بعضها لا بعضه و لنا ما روينا

ما يحرم من النسب (و ذكر الاصلاب في النص) هذا جواب عمال يقال انه تعالى حرم حليلة الابن من الصلب و حليلة الابن من الرضاع ينبغي أن لاتحرم، لان هذا ليس من صلبه فاجاب بقوله، و ذكر الاصلاب في النص، و هو قوله تعالى و حلائل ابنائكم الذين من اصلابكم (لاسقاط اعتبار التبني) فان حليلة الابن المتبنى كانت حراماً في الجاهلية. فان قيل لم لايجوز أن يكون لاسقاط حليلة من الرضاع او لاسقاطهما جميعاً، و ما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط أجيب بان حرمة الحليلة من الرضاع ثابتة بالحديث المشهور، و هو قوله عليه الصلوة و السلام يحرم من الرضاع الحديث، فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب و السنة المشهورة. (على ما بيناه) في فصل المحرمات (و لبن الفحل(١) يتعلق به التحريم) الاضافة في لبن الفحل من باب اضافة الشيء الى سببه، لان سبب اللبن هو الفحل، و قوله يتعلق به التحريم قول عامة أصحاب الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى. و في المبسوط قال بعض العلماء و هو داود و ابن علية لم يتعلق به التحريم، و هو أحد قولي الشافعي، و لكن ذكر في شرح الوجيز و يتعلق بلبن الفحل التحريم عند عامة العلماء. و عن بعض الصحابة خلافه، و اختاره عبدالرحمن بن بنت الشافعي رواه عن الشافعي لان النص ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء و لان الحرمة لاتثبت في حق الرجال بحقيقة فعل الارضاع منه، حتى لو نزل له لبن و ارضع به صبياً لاتثبت الحرمة، فلان لاتثبت بارضاع زوجته أولى و في شرح الاقطع روي عن سعيد بن المسيب و ابراهيم النخعي رحمهما الله تعالى ان لبن الفحل لايحرم (و هو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها و على آبائه و أبنائه، و يصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبا للرضيعة، و في أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى لبن الفحل لايحرم، لان الحرمة لشبهة البعضية و اللبن بعضها لا بعضه، و لنا ما روينا) و هو قوله عليه الصلوة و السلام يحرم(٢) من الرضاع ما يحرم من النسب، و في رواية عائشة رضي الله تعالى عنها يحرم من الرضاعة ما

---

(١) و لبن الفحل الخ راجع فتح القدير ص٣١٣ ج٣ و الاعلاء ص١٢٤ ج١١ و عمدة القاري باب الفحل ص٩٧ ج٢٠ و فتح الباري ص١٨٦ ج٩ و المغنى ص٢٠٠ ج٩ و تكملة شرح المهذب كتاب الرضاع ص٢٠٧ ج١٨. (٢) يحرم الخ و تقدم تخريجه قريبا في الحاشية.

و الحرمة بالنسب من الجانبين، فكذا بالرضاع، و قوله عليه الصلوة و السلام لعائشة رضي الله تعالى عنها ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة،

يحرم بالولادة فقد الحقه بالنسب. و اشار الى وجه الاستدلال بالحديث المذكور بقوله (و الحرمة بالنسب) تثبت (من الجانبين) أى من جانبي الرجل و المرأة (فكذا بالرضاع) أى فكذا بسبب الرضاع الحاصل بسببه الحرمة من الجانبين. فان قيل الحرمة هنا تثبت باللبن و اللبن منها لا منه، و لهذا يتحقق نزول اللبن من البكر. قلنا اللبن منه أيضا، لان سببه(١) الولادة، و الاحبال سببه فتثبت الحرمة بينهما كما في النسب، و نزول اللبن بلا اصابة الفحل نادر، فلاعبرة به (و قال عليه الصلوة و السلام لعائشة رضي الله تعالى عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة) الحديث رواه الائمة الستة(٢) في كتبهم عن عائشة رضي الله تعالى عنها، قالت دخل على أفلح بن ابي القعيس فاستترت منه، فقال تستترين مني و أنا عمك، قلت من أين، فقال أرضعتك امرءة أخي، قالت انما ارضعتني المرأة و لم يرضعني الرجل، فدخلت على رسول الله صلي الله عليه وسلم فحدثته فقال انه عمك، فليلج عليك. وجه الاستدلال به أن العم من الرضاع لايكون الا باعتبار لبن الفحل و في المبسوط قوله - ليلج - أمر للغائب من الولوج بالجيم، و هو الدخول، و أصله ليولج، لانه من ولج يلج، ولوجا فأصل يلج يولج، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء و الكسرة، فصار يلج، و كذا حذفت من سائر تصرفات هذه المادة و عليك بكسر الكاف، لانه خطاب لعائشة أم المومنين رضي الله تعالى عنها قوله - أفلح - بالرفع فاعل يلج، و أفلح بفتح الهمزة و سكون الفاء و بالحاء المهملة علم الرجل الذي هو ابن ابي القعيس(٣) كما هو المذكور في الحديث المذكور، و هذا في رواية لمسلم هكذا أفلح ابن ابى القعيس، و هكذا في اكثر الروايات. و في الصحيحين أيضاً و النسائي من طريق مالك أن افلح أخا ابى القعيس جاء

---

(١) لان سببه الخ و في المبسوط للسرخسي ص١٣٢ ج٥ تحت حديث ليلج عليك افلح فانه عمك و العم من الرضاعة لايكون الا باعتبار لبن الفحل و المعنى فيه ان سبب هذا اللبن فعل الواطئ فالحرمة التي تبتنى عليه تثبت من الجانبين كالولادة الخ. (٢) الائمة الستة البخاري باب لبن الفحل ص٧٦٤ ج٢ و باب الشهادة على الانساب ص٣٦٠ ج١ و مسلم في اوائل كتاب الرضاع ص٤٦٧ ج١ و ابوداود باب في لبن الفحل ص٢٨٨ ج١ و الترمذي باب ما جاء في لبن الفحل ص١٣٧ ج١ و النسائي عنوان لبن الفحل ص٨٢ ج٢ و ابن ماجة باب لبن الفحل ص١٤١. (٣) ابن ابي القعيس الخ و كذا في عمدة القاري باب لبن الفحل ص٩٨ ج٢٠ و افلح بفتح الهمزة و اللام و سكون الفاء و بالحاء المهملة و ابوالقعيس بضم القاف و فتح العين المهملة و سكون الياء آخر الحروف و بالسين المهملة و راجع فتح الباري ص١٨٦ ج٩ و شرح المسلم للنووي ص٤٦٧ ج١.

و لانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه(١) في موضع الحرمة احتياطاً و يجوز ان يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع، لانه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب، و ذلك مثل الأخ من الاب اذا كانت له أخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها،

يستأذن عليها و هو عمها من الرضاعة، و في رواية لمسلم قالت استأذن علي عمي من الرضاعة ابو الجعيد فرددته. قال هشام انما هو ابو القعيس، والصواب انه أفلح و كنيته ابوالجعيد(٢) و هو أخو ابي القعيس. قال القرطبي في المفهم هو الصحيح، و ما سوى ذلك وهم، و لايعرف لابي القعيس و لا لأخيه افلح ذكر الا في هذا الحديث، يقال انهما في الاشعريين. و وقع في رواية الترمذي هكذا عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي... الحديث، هكذا وقع منها من غير تعريف له باسم او كنية او غيرهما. و قال شيخنا زين الدين رحمه الله تعالى في تفسير رواية الترمذي - جاء عمي من الرضاعة - اختلف في كيفية ثبوت العمومة لافلح هذا، فزعم بعضهم ممن رأى أن لبن الفحل لايحرم بالنسبة الى الفحل، و الرضيع أن هذا رضع مع ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه، فكان عماً لعائشة من الرضاعة، و لهذا خطأ ابوبردة الاحاديث الصحيحة. و الصواب أن عائشة رضي الله تعالى عنها ارتضعت من امرأة أبى القعيس، و أفلح اخو ابى القعيس، فصار عماً من الرضاعة، كما ثبت مصرحاً به في الصحيح من رواية عراك عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت استأذن على أفلح أخو ابى القعيس الحديث، و أطنب شيخنا الكلام في هذا الحديث، و ذكر فيه انه قد يستدل بقول عائشة رضي الله تعالى عنها و لم يرضعني الرجل على انه لو كان للرجل لبن فارضع انه يحرم، و هو قول الكرابيسي من اصحاب الشافعي، و الصحيح انه لايتعلق به حرمة، و لكن قد نص الشافعي رحمه الله تعالى في البويطي على انه اذا نزل للرجل لبن فارضعه صبية كره له نكاحها (و لانه) أى الزوج (سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطاً) أى الى الزوج لايقال انه اضمار قبل الذكر، لان الشهرة تقوم مقام الذكر كما في قوله تعالى حتى توارت بالحجاب أى الشمس لان الموضع موضع الحرمة فيجعل كأن البعضية حصلت بين الرضيع و بين الزوج (و يجوز أن يتزوج الرجل بأخت اخيه من الرضاع لانه يجوز أن يتزوج باخت اخيه من النسب، و ذلك مثل الاخ من الاب ان كانت له أخت من أمه جاز لاخيه من ابيه أن يتزوجها)

---

(١) فيضاف اليه الخ و في الكفاية ص٣١٤ ج٣ و لايلزم على هذا ما اذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن و لايتغذى به الصبي. انتهى و صاحب العناية اطنب الكلام ههنا. (٢) ابوالجعيد هكذا في الاصل بالتصغير لكن في رواية مسلم و النسائي ابوالجعد.

و كل صبيين اجتمعا على ثدى امرأة واحدة(١) لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالاخرى(٢) هذا هو الاصل، لان أمهما واحدة فهما أخ و أخت، و لايتزوج المرضعة أحداً من ولد التي أرضعت،

أوضح الاترازي كلام المصنف بقوله هذا مثل أن يرضع زيد من ام عمرو فيجوز لعمرو أن يتزوج اخت زيد نسباً، و إن كان زيد اخاه من الرضاع كما في النسب و ذلك مثل الاخوين لاب و لاحدهما اخت من أمه من غير أمها جاز للاخ الآخر ان يتزوج اخته، لان هذه اجنبية في حق الاخ لأب، و على هذا اخت الاخت من الرضاع و اخت الاخت من النسب، و كان ينبغي ان يقول اخت اخيه او اخته من الرضاع، و يقول اخت اخيه و اخته من النسب، لكن اكتفى تبذكر الاخ لظهور ذلك (و كل صبيين) اراد بهما الصبي و الصبية بطريق التغليب، كما في العمرين لابي بكر و عمر رضي الله تعالى عنهما، فيغلب المذكر على المؤنث و الاخف على الاثقل (اجتمعا على ثدى واحدة) لآدمية كيف ماكان(٣) (لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى) لانهما اخ و اخت لاب و أم من الرضاعة، فلايجوز كما في النسب هذه المسألة من مسائل القدوري، و لفظ القدوري على ثدي واحد على كون واحد صفة لثدي، و المراد ثدي المرأة كما قدمنا. و في بعض النسخ وقع على ثدي واحدة، باضافة الثدي الى واحدة، و بتأنيث الواحدة على تقدير امرأة واحدة و هكذا شرحه الاترازي لان في نسخته على ثدي واحدة و كذا قال في النهاية على ثدي واحدة حتى لو اجتمعا على ضرع بهيمة(٤) واحدة لم يحرم احدهما على الآخر، فكان هو بمنزلة طعام اكلاه من اناء واحد (هذا هو الاصل) اي اجتماع الصبيين على ثدي امرأة واحدة هو الاصل في باب الحرمة (لان امهما) اى ام الصبيين (واحدة فهما) اي الصبيان (اخ و اخت) و الاخت حرام على الاخ من النسب والرضاع جميعاً (و لايتزوج المرضعة احداً) المرضعة بفتح الضاد، اى لايتزوج الصبية المرضعة احدا (من ولد التي ارضعت) اي من ولد المرأة التي ارضعت الصبية و قال الكاكي المرضعة بفتح الضاد، هكذا عن الثقات، و بصيغة الفاعل غير صحيح يعرف بالتأمل. و قال السغناقي المرضعة(٥) بصيغة اسم المفعول، و بالرفع على الفاعلية و نصب احداً على المفعولية،

---

(١) ثدى امرأة واحدة – ن – ثدى واحدة. (٢) بالاخرى كذا في سائر نسخ الهداية التي عندنا و قال العيني رحمه الله فيما بعد هذه المسئلة من مسائل القدوزي و لكن لفظ القدوري بالآخر. (٣) كيف ما كان قال في الجوهرة المراد اجتماعهما على الارضاع طالت المدة او قصرت تقدم رضاع احدهما على الآخر ام لا. (٤) بهيمة الخ و في العناية بهيمة واحدة لايثبت التحريم كما سيجئ لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة و ذالك يختص بلبن الآدمية دون الانعام. (٥) المرضعة الخ و التفصيل في العناية و الكفاية و نبذ منه في الفتح ص٣١٥ ج٣.

لانه اخوها و لا ولد ولدها، لانه ولد أخيها، و لايتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع. و إذا اختلط اللبن بالماء و اللبن هو الغالب تعلق به التحريم، و إن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول انه موجود فيه حقيقة، و نحن نقول المغلوب غير موجود حكماً، حتى لايظهر بمقابلة(١) الغالب كما في اليمين،

هذا هو الاصح من النسخ. و في نسخة اخرى و لايتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية و المفعولية، و هذا ايضا صحيح، فان كلاهما بخط شيخي رحمه الله تعالى (لانه اخوها) أي لان الاحد الذي من ولد التي ارضعتها اخو المرضعة (ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها) كما في النسب (و لايتزوج الصبي المرضع) بفتح الضاد (اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع) كما لايجوز في النسب (و اذا اختلط اللبن بالماء و اللبن هو الغالب)(٢) اى و الحال ان اللبن هو الغالب على الماء (تعلق به التحريم) لان الحكم للغالب (و إن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) فان(٣) عنده على الاصح يتعلق به التحريم اذا كان مقدار خمس رضعات من اللبن، و به قال احمد رحمه الله تعالى و كذا الخلط بالدواء، او بلبن بهيمة او بكل مائع او جامد، و اعتبر مالك رحمه الله تعالى ان يكون اللبن مستهلكاً في جميع ذلك، لعدم تعلق التحريم به (هو يقول) اي الشافعي رحمه الله تعالى يقول (انه) ان اللبن (موجود فيه حقيقة) غاية ما في الباب أن اللبن هالك، يعني لفوات منفعته بغلبة الماء، فدارت الحرمة بين الثبوت و عدمه، فتغلب الحرمة احتياطاً (و نحن نقول المغلوب غير موجود حكماً، حتى لايظهر بمقابلة الغالب، كما في اليمين) بأن حلف لايشرب اللبن فشرب لبناً مغلوباً بماء لايحنث. لكن الخصم أن يجيب عنه و يقول إن الأيمان مبنية على العرف، فلايحنث، لانه في العرف لايسمى المغلوب لبناً، أما الحرمة فمبنية على وجود اللبن، و لكن الاولى ان نقول ان الحرمة لاتتعلق بصورة الارضاع، و وجود اللبن كما في الكبير بالاجماع، بل يتعلق باعتبار انشاز العظم و انبات اللحم و المغلوب لايحصل الانشاز و الانبات، لانه لايحصل التغذي به. فان قيل يشكل

---

(١) بمقابلة – ن – في مقابلة. (٢) الغالب و فسر الغلبة محمد رحمه الله تعالى فقال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة و ان غير لاتثبت و قال ابويوسف رحمه الله تعالى ان غير طعم اللبن و لونه لايكون رضاعا و ان غير احدهما دون الآخر يكون رضاعا و قيل على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا جعل اللبن في دواء او اخلط بالماء لاتثبت بكل حال كذا في الكفاية ص٣١٥ ج٣ نقلا عن قاضي خان رحمه الله تعالى. (٣) فان عنده الخ كذا في فتح القدير.

و ان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم، و ان كان اللبن غالباً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا اذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم. قال رحمه الله تعالى قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لايتعلق به التحريم في قولهم جميعاً

هذا بما لو وقعت قطرة دم أو خمر في جب من ماء، حيث ينجسه، و إن كان الماء غالباً حقيقة، قلنا لما لم يكن الماء كثيراً شرعاً بأن لم يكن عشراً في عشر لم يكن غالباً حكماً، فتعارضا فرجحناحجة النجاسة احتياطاً كذا نقل عن العلامة حميد الدين الضرير، قال الكاكي لكن سمعت شيخي العلامة مولانا عبدالعزيز رحمه الله تعالى ان الرجحان الذاتي، إنما يكون راجحاً سابقاً على الرجحان الحالي اذا لم يكن في الحادثة نص، و قد وجد النص هاهنا، و هو قوله عليه الصلوة و السلام لايبولن احدكم في الماء الدائم... الحديث. و قوله عليه الصلوة و السلام اذا بلغ الماء قلتين... الحديث و قوله عليه الصلوة و السلام الماء طهور... الحديث فلايعتبر الرجحان الذاتي لانه يثبت بالاجتهاد و لا اختيار للاجتهاد في مقابلة النص. (و ان اختلط بالطعام(١) لم يتعلق به التحريم، و إن كان اللبن غالباً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) كلمة إن واصلة بما قبله، و ذكر في شرح الطحاوي ان اللبن اذا كان غالباً بحيث يتقاطر من الطعام، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لايكون رضاعاً، خلافا لصاحبيه (و قالا اذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم. قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (قولهما) أي قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فيما اذا لم تمسه النار) أي فيما لم تمس اللبن النار (حتى لو طبخ بها) اي طبخ اللبن بالنار (لايتعلق به التحريم في قولهم جميعاً) لانه لايتغير بالطبخ من غيره عن طعمه و صفته و ذكر خواهر زادة ان علي قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى انما لايثبت اذا أكل لقمة لقمة، أما اذا حشاه حشواً يثبت به، و قيل اذا وصل اللبن الى حلقه معقوداً فلاخلاف فيه، و اذا تناول الثريد فلاخلاف فيه و في

---

(١) و ان اختلط بالطعام الخ و في المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص١٤٠ ج٥ و لو صنع لبن امرأة في طعام فاكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن و انضجت الطعام حتى تغير فليس ذالك برضاع و لايحرم لان النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن و انبات اللحم و انشاز العظم و ان كانت النار لم تمسه فان كان الطعام هو الغالب لاتثبت به الحرمة ايضا لان المغلوب في حكم المستهلك و لان هذا اكل و الموجب للحرمة شرب اللبن دون الاكل و ان كان اللبن هو الغالب فكذالك في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لاتثبت به الحرمة و على قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب و الغالب هو اللبن و لم يغيره شيء عن حاله و ابوحنيفة رحمه الله تعالى يقول القاء الطعام في اللبن يغير الاترى انه يرق به و ربما يتغير به لونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار الخ.

لهما ان العبرة للغالب، كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الطعام أصل و اللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب و لامعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل، و ان اختلط(١) بالدواء و اللبن غالب، تعلق به التحريم، لان اللبن يبقى مقصودا فيه، اذ الدواء لتقويته على الوصول،

كتاب الرضاع للخصاف اذا ثردت(٢) له خبزاً في لبنها حتى يشرب الخبز ذلك اللبن او لتت به سويقاً فأطعمته اياه إن كان طعم اللبن يوجد، فهذا رضاع، و ذكر صاحب الاجناس انه قولهما. و في الرافعي و لو ثردت في اللبن طعاماً او عجنت به دقيقاً و خبزت تعلق به الحرمة. و في العجن و الخبز وجه عن القاضي حسين (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان العبرة للغالب، كما في الماء) أي كما اذا خلط بالماء اللبن، و هو الغالب (اذا لم يغيره شيء عن حاله) يعني اذا لم يغير اللبن شيء عن حاله بالطبخ، كما اذا خلط لبن المرأة بالماء و اللبن هو الغالب (له) أى لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان الطعام اصل، و اللبن تابع له في حق المقصود) و هو الاكل بالموصول الى المعدة، و لهذا يأكل و لايشرب، و غير المائع يستتبع المائع (فصار) أى اللبن (كالمغلوب) فيه نظر، لان المغلوب غير موجود حكماً، اما ما لم يكن مغلوباً و يكون كالمغلوب، فلانسلم انه ليس بموجود. و الجواب ان هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة (و لامعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده) أى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (هو الصحيح، لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل) قيد بالصحيح احترازاً عما قيل إن الرضاع إنما لايثبت بالطعام اذ لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة، اما اذا تقاطر منه اللبن يثبت به التحريم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كافية لاثبات الحرمة، و الصحيح عدم ثبوت الحرمة بكل حال، و علله المصنف رحمه الله تعالى بقوله لان التغذي بالطعام إذ هو الاصل، لان الاصل في الباب التغذي، فيكون اللبن تابعا له في حق المقصود. (و إن اختلط) اي اللبن (بالدواء و اللبن غالب) اي و الحال ان اللبن هو الغالب (تعلق به التحريم، لان اللبن يبقى مقصوداً فيه، اذ الدواء لتقويته) أى لتقوية اللبن (على الوصول) الى ما لايصل بانفراده. فان قلت(٣) اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوي الغالب و المغلوب، لان وصول قطرة منه

---

(١) اختلط - ن - خلط. (٢) ثردت الخ راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية كتاب الرضاع ص٣٤٤ج١. (٣) فان قلت الخ كذا في العناية ص٣١٦ ج٣.

و اذا اختلط اللبن بلبن الشاة، و هو الغالب تعلق به التحريم، و ان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتباراً للغالب، كما في الماء، و اذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه اللّه تعالى لان الكل صار شيئا واحداً فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه، و قال محمد و زفر رحمهما اللّه تعالى يتعلق التحريم بهما، لان الجنس لايغلب الجنس، فان الشيء لايصير مستهلكاً في جنسه لاتحاد المقصود و عن ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى في هذا روايتان، و اصل المسألة في الايمان، و اذا نزل للبكر لبن فارضعت صبياً تعلق به التحريم لاطلاق النص،

يحرم. قلت النظر هاهنا الى المقصود، فاذا كان غالباً كان القصد الى التغذي به، و الدواء لتقويته على الوصول، و ان كان مغلوباً كان القصد الى التداوي و اللبن لتقويته الدواء، يشير الى هذا بقوله - و ان خلط - دون اختلط، و قوله - لان اللبن يبقى مقصوداً (و اذا اختلط اللبن بلبن الشاة و هو الغالب) اي اذا اختلط لبن المرأة بلبن شاة و لبن المرأة غالب (يتعلق به التحريم و ان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء) أي كما اذا اختلط بالماء حيث يعتبر الغلبة (و اذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه اللّه تعالى لان الكل صار شيئاً واحداً، فيجعل الاقل تابعاً للأكثر في بناء الحكم عليه) و هو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى (و قال محمد و زفر رحمهما اللّه تعالى يتعلق التحريم بهما) اي يتعلق التحريم بالمرأتين (لان الجنس لايغلب الجنس، فان الشيء لايكون مستهلكاً في جنسه)(١) و انما يكون مستهلكاً في غير جنسه (لاتحاد المقصود) أي لاتحاد مقصودهم، فلاينتفى القليل، و يتعلق به التحريم (و عن ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى في هذا روايتان) في رواية، كما قال ابويوسف و به قال الشافعي في قول. و في رواية كما قال محمد، و هو قول زفر و الشافعي في قول. و في الغاية قول محمد اظهر و احوط فيه. و في الرافعي اختلط لبن امرأتين، و غلب احدهما، فان علقنا الحرمة بالمغلوب تثبت الحرمة منهما، و الا اختصت بالتي غلب لبنها (و اصل المسألة في الايمان) اي فيما اذا حلف أن لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه، فهو على الخلاف المذكور، فعند محمد رحمه اللّه تعالى يحنث، لان الجنس لايغلب على الجنس، و عندهما لايحنث (و اذا نزل للبكر لبن فارضعت صبياً تعلق به التحريم لاطلاق النص) و

---

(١) مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك و ذالك يقتضى اختلاف المقصود و المقصود ههنا متحد و اذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة و معنى فتثبت =>

و لانه سبب للنشوء فيثبت(١) به شبهة البعضية، و اذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة، انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها و بالموت لم تبق محلاً لها، و لهذا لايوجب وطئها حرمة المصاهرة. و لنا ان السبب هو شبهة الجزئية، و ذلك في اللبن لمعنى الانشاز و الانبات و هو

هو قوله تعالى و امهاتكم اللاتي ارضعنكم مطلق لا فصل فيه بين البكر و الثيب و هذا الاختلاف فيه للائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و عن الشافعي رحمه الله تعالى وجه انه لايتعلق به التحريم، و به قال احمد في رواية لانه نادر، فاشبه لبن الرجل، و لكن نص الشافعي انه يتعلق به التحريم. و في المغني(٣) نزل للبكر من غير وطئ فارضعت به طفلاً ثبت به الحرمة، و به قال مالك و الثوري و الشافعي رحمهم الله تعالى و أصح الروايتين عن ابن حنبل رحمه الله تعالى و قال ابوبكر بن المنذر، و هذا قول كل من يحفظ عنه (و لانه) أي و لان لبن البكر (سبب للنشوء فتثبت به شبهة البعضية) و يتعلق به الحمة للاحتياط (و اذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي) على صيغة المجهول من الوجر و الوجور هو الدواء الذي يصيب في وسط الفم، يقال اوجرته الدواء و وجرته واحد المفعولين محذوف و هو اللبن و الآخر هو الصبي، أي اوجر لبن المرأة الصبي، و يجوز أن يرفع الصبي بالفعل على ترك المفعول الآخر. و هو اللبن، أي أوجر الصبي اللبن (تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو) أي الشافعي (يقول الاصل في ثبوت الحرمة) أي حرمة الرضاع (انما هو ا لمرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها و بالموت لم تبق محلا لها) أي للحرمة (و لهذا) أي و لاجل عدم المحل بالموت (لايوجب وطئها) أي وطئ الميتة (حرمة المصاهرة) و قيد بقوله - بعد موتها - لانه لو حلب قبل الموت لايتأتى خلاف الشافعي رحمه الله تعالى فان عنده على الاظهر يتعلق به التحريم كمذهبنا، و بقولنا قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و لنا أن السبب) أي سبب الحرمة (هو شبهة الجزئية) بسبب الرضاع (و ذلك) أي السبب، و هو شبهة الجزئية (في اللبن) اي حاصل في رضاع اللبن (لمعنى الانشاز و الانبات و هو) أي

=> الحرمة بهما جميعا - العناية. (١) فيثبت - ن - فتثبت. (٢) المغنى ص٢٠٦ ج٩ و لفظه و ان ثاب لامرأة لبن من غير وطئ فارضعت به طفلا نشر الحرمة في اظهر الروايتين و هو قول ابن حامد و مذهب مالك و الثوري و الشافعي وابي ثور و اصحاب الرأى و كل من يحفظ عنه ابن المنذر لقول الله تعالى و امهاتكم التي ارضعنكم و لانه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطئ و لان البان النساء خلقت لغذاء الاطفال فان كان هذا نادرا فجنسه معتاد و الرواية الثانية لاتنشر الحرمة لانه نادر لم تجر العادة به لتغذية الاطفال فاشبه لبن الرجال و =>

قائم باللبن، و هذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفناً و تيميما(١). أما الحرمة في الوطئ لكونه ملاقياً لمحل الحرث، و قد زال بالموت فافترقا، و اذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم. و عن محمد رحمه الله تعالى انه يثبت(٢) به الحرمة كما يفسد به الصوم، و وجه الفرق على الظاهر

المعنى المذكور (قائم باللبن، و هذه الحرمة) جواب عما قال الخصم انها بالموت لم تبق محلا، بيانه ان الحرمة بسبب الرضاع (تظهر في حق الميتة دفنا) اي من حيث جواز الدفن (و تيمما) أي من حيث جواز التيمم، و هو مصدر من يمم، يقال يممت المريض فتيمم اذا مسحت وجهه و يديه، و يقال أيضا يممت الميت، و صورته كانت الصغيرة المرضعة ذات زوج فزوجها يصير محرما للميتة، لان الميتة أم امرأته فيجوز له دفنها و تيممها (أما الحرمة في الوطئ) جواب عن قوله - و لهذالا يوجب الوطئ حرمة المصاهرة إنما تثبت (لكونه) أى لكون الوطئ (ملاقيا لمحل الحرث) لتثبت به الجزئية (و قد زال) أى محل الحرث (بالموت فافترقا) أى الرضاع و الوطئ، يعني لايقاس ذلك على هذا بعد الموت لوجود الفارق (و اذا احتقن الصبي باللبن) من الحقنة، و هو دواء يجعل في خريطة من ادم يقال لها المحقنة، و يعطى المريض من أسفله، و هو معروفة بين الناس، و في المغرب(٣) احتقن بالضم غير جائز، و انما الصواب حقن او عولج بالحقنة (لم يتعلق به التحريم) أى لم يتعلق بالاحتقان التحريم، هذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا، و لهذا لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير، و قد ذكر الكرخي المسألة، و لم يحك الخلاف، و كذا لايتعلق التحريم بالاقطار في الاحليل و الاذن و الجائفة، و به قال الشافعي في الجديد و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و عن محمد رحمه الله تعالى انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في القديم، و هو اختيار المزني، و كذا قال الشافعي في قوله القديم في الاقطار في الاحليل و في الاذن و في الجائفة اذا وصل الى الجوف، و الضمير في انه و في به في الموضعين يرجع الى الاحتقان الذي يدل عليه قوله - احتقن. (و وجه الفرق على الظاهر) أى ظاهر الرواية

=> الاول اصح انتهى. (١) تيميما -ن- و تيمما. (٢) يثبت - ن - تثبت. (٣) المغرب مادة حقن و لفظه حقن المريض داواه بالحقنة و احتقن بنفسه (بصيغة المعروف) تداوى بها و قولهم احتقن الصبي بلبن امه بعيد و احتقن بالضم (بصيغة المجهول) غير جائز و انما الصواب حقن (بالمجهول) او عولج بالحقنة انتهى باختصارما و في العناية عن النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول و هو الاكثر في استعمال الفقهاء و صاحب فتح القدير ص٣١٨ ج٣. قد اطنب الكلام في هذا المقام.

ان المفسد في الصوم اصلاح البدن، و يوجد ذلك في الدواء، فاما المحرم في الرضاع معنى(١) النشر، و لايوجد ذلك في الاحتقان، لان المغذى وصوله من الاعلى و اذا نزل للرجل لبن فارضع صبياً لم يتعلق به التحريم، لانه ليس بلبن على التحقيق، فلايتعلق به النشوء و النمو و هذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة. و اذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم، لانه لاجزئية بين الآدمي و البهائم و الحرمة باعتبارها. و اذا تزوج الرجل صغيرة و كبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج،

عن اصحابنا (ان المفسد في الصوم اصلاح البدن و يوجد ذلك) أى اصلاح البدن (في الدواء فاما المحرم) بكسر الراء المشددة (في الرضاع معنى النشر، و لايوجد ذلك في الاحتقان، لان المغذي) بضم الميم(٢) و فتح الغين المعجمة المشددة اسم فاعل من الغذاء (وصوله من الاعلى) أى من أعلى البدن، يعني الى الاعضاء العلياء و بالحقنة يصل اللبن الى الاعضاء السفلى لا الى العليا، فلايحصل معنى الغذاء، فلايثبت التحريم بخلاف الصوم، فان المفسد فيه وصول ما فيه اصلاح البدن الى الجوف، و قد حصل هذا المعنى في الحقنة فيفسد الصوم (و اذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم) و لاخلاف للائمة الاربعة رحمهم الله تعالى فيه. و عن الكرابيسي من أصحاب الشافعي انه يثبت به التحريم و قد ذكرناه مرة(٣) (لانه) أى لان لبن الرجل (ليس بلبن على التحقيق) كدم السمك ليس بدم على التحقيق، فصار كما لو نزل من ثدي البكر ماء أصفر فلايتعلق به شيء، و في المغنى(٤) و لبن الخنثى كلبن الرجل (فلايتعلق به النشوء و النمو، و هذا) اشارة الى قوله - لانه ليس بلبن - على التحقيق (لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) فالرجل لايتصور منه الولادة، فلايتعلق به التحريم (و اذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم، لانه لا جزئية بين الآدمي و البهائم، و الحرمة باعتبارها) أى باعتبار الجزئية(٥) (و اذا تزوج الرجل صغيرة و كبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج)

---

(١) معنى - ن - فمعنى. (٢) بضم الميم الخ كذا في الاصل لعل الصواب بضم الميم و فتح الغين و كسر الذال المعجمة المشددة من التغذية اي من باب التفعيل. (٣) ذكرناه مرة اى تحت قول صاحب الهداية و قوله عليه الصلوة و السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة. (٤) و في المغنى ص٢٠٥ ج٩ فان ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لانه لم يثبت كونه امرأة فلايثبت التحريم مع الشك و قال ابن حامد يقف الامر حتى ينكشف امر الخنثى فعلى قوله يثبت التحريم الا ان يتبين كونه رجلا لانه لايامن كونه محرما انتهى. (٥) و الحرمة باعتبار الجزئية الخ راجع فتح القدير ص٣١٩ج٣ فان ابن الهمام رحمه الله تعالى =>

لانه يصير جامعاً بين الام و البنت رضاعاً ، و ذلك حرام، كالجمع بينهما نسباً ،ثم اذا لم يدخل بالكبيرة فلامهر لها ، لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ، و للصغيرة نصف المهر، لان الفرقة وقعت لا من جهتها

فيفسخ النكاح، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و حكى عن مالك رحمه الله تعالى انه اذا لم يدخل بالكبيرة بطل نكاحها ، و يثبت نكاح الصغيرة لان الفرقة جاءت منها ، و ببطلان نكاحها لم يبق الجمع ، و عن الاوزاعي رحمه الله تعالى انه اذا لم يدخل بالكبيرة يثبت نكاحها و يبطل نكاح الصغيرة (لانه يصير جامعاً بين الأم و البنت رضاعاً) أى من حيث الرضاع (و ذلك) أى الجمع بين الام و البنت (حرام كالجمع بينهما) أى بين الام و البنت (نسباً) أي من حيث النسب (ثم اذا لم يدخل بالكبيرة فلامهر لها) اي للكبيرة، سواء قصدت الفساد او لا ، و جاز أن يتزوج الصغيرة مرة أخرى، لانها ربيبته و لم يدخل بأمها ، و لايتزوج الكبيرة لانها أم امرأته (لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ، و للصغيرة نصف المهر، لان الفرقة وقعت لا من جهتها) فان قيل يشكل(١) بمسألة صغيرة ارتد ابواها و لحقا بها بدار الحرب بانت، و لايقضى لها بشيء من المهر، و لم يوجد الفعل منها. قلنا لما حكمنا بارتدادها تبعاً لهما صارت في الحكم كأنها ارتدت، و الردة محظورة لا اباحة لها بحال فلاتبقى مستحقة النظر ، فلايحل نصف المهر، أما الارتضاع لا حاظر له، فلايسقط المهر. فان قيل يشكل بقتل(٢) الرجل امرأة رجل قبل الدخول، فانه يقضى على الزوج بالمهر، و لايرجع على القاتل بشيء، مع ان القتل محظور. قلنا وجب بالقتل قصاص او دية، و للزوج نصيب فيما هو الواجب بالقتل فلايتضاعف حقه بالتضمين. أما

=> حقق هذه المسئلة باسلوب عجيب و طريق انيق. و اعلم ذكر في مبسوط السرخسي رحمه الله تعالى ص١٣٩ ج٥ و محمد بن اسماعيل صاحب الاخبار (اي امير المؤمنين في الحديث صاحب الصحيح البخاري) رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخاري في زمن الشيخ الامام ابي حفص رحمه الله تعالى و جعل يفتي فقال له الشيخ رحمه الله تعالى لاتفعل فانك لست هناك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسئلة اذا ارضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا و اخرجوه من بخاري بسبب هذه الفتوى انتهى و كذلك في الشروح الثلاثة للهداية ص٣١٧ ج٣ ثم قال صاحب المبسوط و هذا لان ثبوت الحرمة بسبب الكرامة و ذالك يختص بسبب لبن الآدمية دون لبن الانعام و شبهة الجزئية لايثبت بين الآدمي و الانعام بشرب لبنها فكذا لايثبت بين الادميين بشرب لبن بهيمة و هذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطئ و لاتثبت بوطئ البهائم فكذالك هنا انتهى. (١) يشكل الخ كذا في الكفاية ص٣٢١ ج٣ والفتح ص٣٢٠ ج٣. (٢) يشكل بقتل الخ كذا في الكفاية.

و الارتضاع، و ان كان فعلاً منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها، كما اذا قتلت مورثها و يرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد، و ان لم تتعمد فلا شيء عليه و ان علمت بان الصغيرة امرأته، و عن محمد رحمه الله تعالى انه يرجع في الوجهين و الصحيح ظاهر الرواية لانها و ان اكدت ما كان على شرف السقوط و هو نصف المهر، و ذلك يجرى مجرى الاتلاف، لكنها

الزوج فيما نحن فيه لانصيب له في شيء فيضمن من أتلف نصف المهر، كذا في الفوائد الظهيرية (و الارتضاع) جواب عما يقال العلة للفرقة الارتضاع، و هي فعلها، فلم لاتضاف الفرقة اليها، و اجاب بقوله - و الارتضاع - أى ارتضاع الصغيرة (و ان كان فعلا منها) أى من الصغيرة (لكن فعلها غير معتبر) شرعاً (في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها) لم تحرم عن الميراث بلاخلاف (و يرجع به) أى بنصف المهر (الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد، و إن لم تتعمد) بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعاً (فلاشيء عليها، و ان علمت بان الصغيرة امرأته) اي امرأة زوجها، و في المبسوط(١) يعتبر تعمد الفساد بان قصده مع العلم بان الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع، فلو لم تعلم ذلك اخطأت، او لم تعلم النكاح او لم تعلم بان الرضاع يفسد النكاح او ارادت الخير بان خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لايرجع به عليها، و القول فيه قولها ان لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شيء في باطنها لايقف عليه غيرها فيقبل قولها باليمين. فان قيل يشكل هذا بصغيرتين تحت رجل، و لرجل آخر امرأتان، فارضعت كل واحدة منهما الصغيرتين، حتى بانتا على الزوج و لم يغرما شيئاً و إن تعمدتا الفساد، قلنا فعل الكبيرة فيا نحن فيه مستقل بالافساد، و أما فعل كل واحدة من الكبيرتين هناك غير مستقل بالافساد، فلاتضاف الفرقة الى كل واحدة، لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين و الاختية قائمة بهما، فلاتعدو الى المرأتين، فلايعتبر تعديها، و هناك باعتبار الجمع بين الأم و البنت و الامية قائمة بالمرضعة يعتبر تعديها لانها مخاطبة (و عن محمد رحمه الله تعالى انه) أى ان الزوج (يرجع في الوجهين) أى فيما اذا تعمدت الفساد، أو لم تتعمد، و به قال زفر و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى (و الصحيح ظاهر الرواية لانها) أى الكبيرة (و ان اكدت) اي الكبيرة (ما كان على شرف السقوط، و هو نصف المهر) كتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حداً تشتهي (و ذلك) أى تاكيد ما كان على شرف السقوط (يجرى مجرى الاتلاف) في ايجاب الضمان (لكنها) اى لكن الكبيرة

---

(١) المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص١٣١ ج٥.

مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح(١) وضعاً، و انما يثبت(٢) ذلك باتفاق الحال او لان افساد(٣) النكاح ليس بسبب لالزام المهر، بل هو سبب لسقوطه، الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف، لكن من شرطه ابطال النكاح، و اذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح و قصدت بالارضاع الفساد،

(مسببة فيه) أى في الاتلاف غير مباشرة. قال الاترازي رحمه الله تعالى ما كان يحتاج صاحب الهداية الى أن يقول بكلمة الاستدراك بين اسم ان و خبرها، لانه لايصح أن يقال ان زيداً لكنه منطلق، و هذا لان قوله مسببة يقع خبر إن في قوله - لانها و إن أكدت ما كان على شرف السقوط - إما لان الارضاع هذا وقع بياناً لكون الكبيرة مسببة أي صاحبة سبب لا علة، يعني ان الكبيرة لما كانت مسببة لاحد المعنيين. (إما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعاً) لان وضعه لتربية الصغير (و انما يثبت ذلك) أى إنما يثبت افساد النكاح بالارضاع (باتفاق الحال) بان تقع الكبيرة و الصغيرة اتفاقاً في ملك رجل واحد لاقصداً في ذلك و قوله (او لان افساد النكاح) عطف على قوله - اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح و هو القسم الثاني لاما التفصيلية (ليس بسبب لالزام المهر) لانه غير مضمون بالاتلاف، لكنه غير متقوم في نفسه، لانه ليس بملك عين و لا منفعة على التحقيق، و لهذا لايقدر على بيعه و هبته و اجارته (بل هو سبب لسقوطه) أى لسقوط المهر (الا ان نصف المهر) جواب سؤال مقدر، بان يقال كيف قلت أن فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر، و يجب على الزوج نصف مهر الصغيرة، فاجاب بقوله - الا ان نصف المهر (يجب بطريق المتعة على ما عرف) في باب المهر ان المتعة تجب(٤) بالمهر ابتداء بقوله تعالى و متعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالماً (لكن من شرطه) أى من شرط وجوب المتعة (إبطال النكاح) فكانت صاحبة شرط (و اذا كانت) أى الكبيرة (مسببة يشترط فيه(٥) التعدى كحفر البئر) فانه لو حفرها في ملكه لايضمن ما وقع فيها. و لو حفرها في الطريق او في ملك غيره يضمن ما وقع فيها (ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد،

---

(١) النكاح - ن - للنكاح. (٢) يثبت - ن - ثبت. (٣) افساد - ن - فساد. (٤) تجب بالمهر ابتداء الخ لابمقتضى العقد فان العقد انفسخ قبل الاستيفاء فصار كهلاك المبيع قبل القبض و هو لايوجب على المشترى شيئا فكذلك ههنا كذا في الكفاية و انما تجب ابتداء جبرا للايحاش كذا في الفتح. (٥) يشترط فيه اى في لزوم الضمان.

اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح، و لكنها قصدت دفع الجوع و الهلاك عن الصغيرة دون الافساد لاتكون متعدية لانها مامورة بذالك و لو علمت بالنكاح و لم تعلم بالفساد لاتكون متعدية ايضا و هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم و لاتقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات

اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح لكنها قصدرت دفع الجوع و الهلاك عن الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية، لانها مأمورة بذلك)(١) لانه يكون حينئذ فرضاً عليها، و تكون مأجورة بالارضاع لدفع الهلاك (و لو علمت بالنكاح و لم تعلم بالفساد لاتكون متعدية ايضا) و القول قولها كما ذكرناه (و هذا) أي القول بان علمها بالنكاح و بفساده بالارضاع (منا اعتبار الجهل) هذا جواب عن سوال مقدر، بان يقال كيف يكون جهل الكبيرة بفساد النكاح بالارضاع عذراً، و الجهل ليس بعذر في دار الاسلام، فاجاب بقوله - و هذا منا اعتبار الجهل - (لدفع قصد الفساد) الذي يصير به الفعل تعدياً (لا لدفع الحكم) و هو وجوب الضمان، تقريره(٢) أن الحكم الشرعي و هو وجوب الضمان يعتمد التعدي، و التعدي انما يحصل بقصد الفساد، و القصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد، و اذا انتفى العلم بالفساد انتفى الفساد، فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد و لا لدفع الحكم. فان قلت قصد الفساد يستلزم دفع الحكم، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم. قلت لزم ذلك ضمناً فلايعتبر به (و لاتقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات)(٣) يعني وحدهن و قال الشافعي(٤) رحمه الله تعالى تقبل شهادة اربع منهن، و هو قوله عطاء، و في الغاية و قال الشافعي يثبت بشهادة اربع من النساء او رجل و امرأتين، و نقبل بشهادة مرضعةإن لم تطلب اجرة و لا ذكرت هاهنا، و كذا اذا قالت ارضعته في الاصح، ذكره النووي في المنهاج. و في الرافعي يثبت الرضاع بشهادة رجلين او رجل و امرأتين، و كذا بشهادة اربع نسوة، و لايثبت بما دون اربع نسوة، و قبل أحمد شهادة المرضعة. و

---

(١) مامورة بذالك و في الكفاية ص٣٢٣ ج٣ قال عليه الصلوة و السلام افضل الاعمال اشباع كبد جائع و هو فريضة ان خاف هلاك الصغيرة و مندوب ان كانت جائعة الخ و روى البيهقي في شعب الايمان عن انس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة ان تشبع كبدا جائعا. مشكوة ص١٧٢ ج١ باب افضل الصدقة. (٢) تقريره الخ كذا في العناية ص٣٢٣ ج٣. (٣) منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات احد الزوجين واحدة كانت او اكثر العناية. (٤) و قال الشافعي رحمه الله تعالى راجع فتح القدير ص٣٢٤ ج٣ و المغنى مع الشرح الكبير ص٢٢٣ ج٩ و عمدة القاري كتاب العلم باب الرحلة في المسئلة النازلة ص١٠٠ ج٢ و في الرضاع باب شهادة المرضعة ص٩٩ج٢٠ و فتح الباري في الشهادات باب شهادة المرضعة ص٣٣٦.

و انما يثبت بشهادة رجلين او رجل و امرأتين و قال مالك رحمه الله تعالى يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة، لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت(١) بخبر الواحد كم اشترى لحماً فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا أن ثبوت الحرمة لايقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح و ابطال الملك لايثبت الا بشهادة رجلين او رجل و امرأتين، بخلاف اللحم، لان حرمة التناول ينفك(٢) عن زوال الملك، فاعتبر أمراً دينياً و الله اعلم.

في المغنى شهادة الواحدة مقبولة في الرضاع عند احمد، و هو قول طاووس والزهري و الاوزاعي و ابن ابى ذئب و سعيد بن عبدالعزيز، و عنه شهادة امرأتين، و عنه شهادة امرأة واحدة و تستحلف مع شهادتها و تفارق، و ان كانت كاذبة(٣) لم يحل عليها حول حتى تبيض ثدياها بالبرص، و في الوبري قال الشافعي يفرق شهادة امرأة واحدة. و قال مالك تثبت بقول شاهدين، و يمنع من النكاح ابتداء، و يفرق بينهما لو كانتا تناكحا (و انما يثبت) أى الرضاع (بشهادة رجلين او رجل و امرأتين) و هو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، ذكره في المغني. و في المحيط هو قول عمر و علي و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم (و قال مالك رحمه الله تعالى يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة، لان الحرمة حق من حقوق الشرع، فيثبت بخبر الواحد، كمن اشترى لحماً فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسي) فانه ينبغي للمسلم ان لاياكل منه و لايطعم غيره، لان المخبر اخبره بحرمة العين و بطلان الملك فتعينت الحرمة مع بقاء الملك، ثم لما تثبت الحرمة مع بقاء الملك لايمكنه الرد على بائعه، و لا ان يحبس الثمن عن بائعه. قلت هذا الذي ذكره انه مذهب مالك ليس بمذهب مالك، و انما هو مذهب احمد، و مذهب مالك ماذكرناه الآن. (و لنا ان ثبوت الحرمة لايقبل الفصل) هكذا شأن الحرمة المؤبدة، فانها لاتقبل الفصل (عن زوال الملك في باب النكاح) يعني اذا ثبت حرمة الرضاع يزول ملك النكاح لامحالة، لان حرمة المحل مع ملك النكاح لايجتمعان، فيلزم من اثبات حرمة الرضاع ابطال ملك النكاح (و ابطال الملك لايثبت الا بشهادة رجلين او رجل و امرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك) لان الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان كما في الخمر (فاعتبر) ذلك (امراً دينياً) فيقبل فيه خبر الواحد.

---

(١) فيثبت – ن – فتثبت. (٢) ينفك – ن – تنفك. (٣) و ان كانت كاذبة الخ هذا قول ابن عباس رضي الله عنه و في المغنى ص٢٢٢ ج٩ ان ابن عباس رضي الله عنهما قال في امرأة زعمت انها ارضعت رجلا و اهله فقال ان كانت مرضية استحلفت و فارق امرأته و قال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياه يعني يصيبها فيها برص عقوبة على كذبها و هذا لايقتضية قياس و لا يهتدى اليه رأي فالظاهر انه لايقوله الا توقيفا.

كتاب الطلاق

(كتاب الطلاق)

أى هذا كتاب في بيان احكام الطلاق. و في المغرب(١) مصدر بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم، و الكلام بمعنى التكليم، و هو مصدر طلقت زوجته بالفتح و الضم(٢) و قال الاخفش لايقال بالضم، و امرأة طالق، و جاء طالقة، و الطلق وجع الولادة، من طلقت بضم الطاء فهي مطلوقة، اذا أخذها الطلق و الوجع. طلق اللسان(٣) و طليقه، والطليق الأسير اذا اطلق. و طلق امرأته تطليقاً و طلقت(٤) هي طلاقاً. و رجل طلاق(٥) و طلقة، أى كثير الطلاق للنساء و الطلاق لغة رفع القيد، و شرعاً رفع قيد النكاح من أهله في محله. و قيل(٦) الطلاق عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة، و سببه الحاجة المحوجة اليه. و شرطه كون المطلق عاقلاً بالغاً، و المرأة في النكاح او في العدة التي يحصل بها محلا للطلاق، و حكمه زوال الملك عن المحل، و أقسامه ما ذكر في الكتاب. و ايقاع الطلاق(٧) مباح و إن كان مبغضا في

---

(١) المغرب - و لفظه الطلاق اسم بمعنى الطليق كالسلام بمعنى التسليم و منه قوله تعالى الطلاق مرتان، مصدر من طلقت بالضم و الفتح كالجمال و الفساد من جمل (بضم الميم) و فسد (بفتح السين) و امرأة طالق و قد جاء طالقة و التركيب يدل على الحل و الانحلال و منه اطلقت الاسير اذا حللت اساره و خليت عنه و اطلقت الناقة من العقال فطلقت بالفتح انتهى و في لسان العرب الطلق (بسكون اللام) وجع الولادة و قد طلقت المرأة تطلق طلقا (بسكون اللام) على ما لم يسم فاعله و طلقت بضم اللام ابن الاعرابي طلقت (بضم اللام) من الطلاق اجود و طلقت بفتح اللام جائز و من الطلق (بسكون اللام) طلقت (بصيغة المجهول) و كلهم يقول امرأة طالق بغير هاء و طلاق المرأة بينونتها من زوجها و طلق الرجل امرأته (من باب التفعيل) و طلقت هي بالفتح تطلق طلاقا (باب نصر) و الضم اكثر عن ثعلب طلاقا اطلقها بعلها و طلقها (من باب الافعال و التفعيل) و قال الاخفش لايقال طلقت بالضم انتهى و راجع عمدة القاري كتاب الطلاق ص٢٢٥ ج٢٠ و الكفاية و الفتح. (٢) بالفتح (باب نصر) و الضم (باب كرم). (٣) طلق اللسان بسكون اللام من باب كرم فصيح و فيه أربع لغات طلق بفتح الطاء و سكون اللام و طلق بضم الطاء و اللام و طلق بضم الطاء و فتح اللام و طليق على وزن كريم و رجل طليق الوجه ذو بشر حسن و طلق الوجه (بسكون اللام) اذا كان سخيا كذا في اللسان. (٤) طلقت هي (باب نصر و كرم) (٥) رجل طلاق (بفتح الطاء و تشديد اللام) و طلقة بضم الطاء و فتح اللام المخففة و في اللسان و رجل مطلاق بكسر الميم و سكون الطاء و مطليق بكسر الميم و سكون الطاء و طليق بكسر الطاء و اللام المشددة و طلقة بضم الطاء و فتح اللام المخففة كثير التطليق للنساء. (٦) و قيل الخ كذا في العناية. (٧) و ايقاع الطلاق الخ راجع المبسوط للسرخسي ص٢ ج٦ قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق الخ و قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت الخ ذكرهما السرخسي في المبسوط ص٢ ج٦ و ابن الهمام في فتح القدير ص٣٢٦ ج٣. قال =>

الاصل عند عامة العلماء. و منهم من يقول لايباح ايقاعه الا عند الضرورة، و ذالك اما كبر السن او الريبة، لقوله عليه الصلوة و السلام لعن الله كل ذواق مطلاق، و قال عليه الصلوة و السلام أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير نشوز فعليها لعنة الملائكة و الناس اجمعين. و روى الترمذي(١) من حديث ثوبان رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة

=> الشيخ شمس الدين السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط في اوائل كتاب الطلاق ص٢ و ص٣ ج٦ و ايقاع الطلاق مباح و ان كان مبغضاً في الاصل عند عامة العلماء و من الناس من يقول لايباح ايقاع الطلاق الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق و قال صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين و قد روى مثله في الرجل يخلع امرأته و لان فيه كفران النعمة فان النكاح نعمة من الله تعالى على عباده قال الله تعالى و من آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجاً و قال الله تعالى زين للناس حب الشهوات من النساء الآية و كفران النعمة حرام و هو رفع النكاح المسنون فلايحل الا عند الضرورة و ذلك اما كبر السن لما روى ان سودة لما طعنت في السن طلقها رسول الله صلي الله عليه وسلم و إما الريبة لما روى أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم و قال ان امرأتي لاترد يد لامس فقال صلوات الله عليه طلقها فقال اني احبها فقال صلى الله عليه وسلم أمسكها اذن و اما قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء و قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن و ذلك كله يقتضى اباحة الايقاع و طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره ان يراجعها فانها صوامة قوامة و لم يكن هناك كبر سن و لا ريبة و كذلك الصحابة رضوان الله عليهم فان عمر رضي الله عنه طلق ام عاصم رضي الله عنها و عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق تماضر رضي الله عنها وا لمغيرة بن شعبة رضي الله عنه كان له اربع نسوة فأقامهن بين يديه صفا و قال انتن حسان الاخلاق ناعمات الارداف طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق و ان الحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر من النكاح و الطلاق بالكوفة حتى قال على رضي الله عنه على المنبر إن ابنى هذا مطلاق فلاتزوجوه فقالوا انا نزوجه ثم نزوجه و لان هذا ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحا في الاصل كالاعتاق و فيه معنى كفران النعمة من وجه و معنى ازالة الرق من وجه فالنكاح رق قال صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته و روى بم يرق كريمته و لهذا صان الشرع القرابة القريبة عن هذا الرق حيث حرم نكاح الامهات و البنات و الاخوات و الى هذا المعنى اشار رسول الله صلى الله عيهوسلم بقوله و ان أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق فقد نص على أنه مباح لما فيه من ازالة الرق و مبغض لما فيه من معنى كفران النعمة ثم معنى النعمة انما يتحقق عند موافقة الاخلاق فأما عند عدم موافقة الاخلاق فاستدامة النكاح سبب لامتداد المنازعات فكان الطلاق مشروعا مباحا للتفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق. (١) الترمذي باب ما جاء في المختلعات ص١٤٢ج١ و ابوداود باب في الخلع ص٣١٠ج١ و ابن ماجة باب كراهية =>

باب طلاق السنة

قال الطلاق على ثلاثة أوجه حسن و أحسن و بدعي، فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، و يتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن لايزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي

سالت زوجها طلاقا من غير باس فحرام عليها رائحة الجنة، و قال حديث حسن، و روى أيضا عن ثوبان رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعات هن المنافقات. المناسبة بين كتاب النكاح و كتاب الطلاق ظاهرة، لان النكاح قيد شرعي، و الطلاق رفعه، والمناسبة الخاصة بينه و بين الرضاع ان كلا منهما محرم.

(باب طلاق السنة)

أى هذا باب في بيان طلاق السنة، و في المبسوط(١) الطلاق نوعان سني و بدعي، و السني نوعان، سني من حيث العدد، و سني من حيث الوقت. و البدعي نوعان يعود الى العدد، و بدعي يعود الى الوقت، و السني من حيث العدد نوعان حسن و أحسن، أما المصنف ذكر كله مفرقاً على ما تقف عليه (قال الطلاق على ثلاثة أوجه، حسن و أحسن و بدعي، فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، و يتركها حتى تنقضي عدتها، لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لايزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي

=> الخلع ص١٤٩ و اخرج نحوه عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مرفوعا. و اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه ما كره من الكراهية للنساء ان يطلبن الخلع ص٢٧١ ج٥ عن ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً ان المختلعات و المنتزعات هن المنافقات و عن ابي قلابة رضي الله عنه مرفوعاً ايما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير باس لم ترح رائحة الجنة و حديث ثوبان الاول و حديث ابي هريرة رضي الله عنه اخرجهما البيهقي في سننه ص٣١٦ ج٧. (١) المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص٣ ج٦ و مابعده و البدائع ص٨٨-٩٣ ج٣ و الفتاوى الهندية ص٣٤٨ ج١ و قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى في فتح الباري ص٤٣٣ ج٩ في اوائل كتاب الطلاق ثم الطلاق قد يكون حراما او مكروها او واجبا او مندوبا او جائزا اما الاول ففيما اذا كان بدعيا و له صور و اما الثانى ففيما اذا وقع بغير سبب مع استقامة الحال و اما الثالث ففى صور منها الشقاق اذا راى ذالك الحكمان و اما الرابع ففيما اذا كانت غير عفيفة و اما الخامس فنفاه النووي و صوره غيره بما اذا كان لايريدها و لاتطيب نفسه ان يتحمل مؤنتها من غير حصول غرض الاستمتاع فقد صرح الامام ان الطلاق في هذه الصورة لايكره الخ و في الدر المختار ايقاعه مباح عند العامة لاطلاق الآيات و قيل الأصح حظره الا لحاجة و المذهب الاول و قولهم الاصل فيه الحظر معناه ان الشارع ترك هذا الاصل بل يستحب لو موذية او تاركة صلوة و يجب لوفات الامساك بالمعروف و يحرم لو =>

العدة، و ان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة، و لانه أبعد من الندامة، و أقل ضرراً بالمرأة و لا خلاف لاحد في الكراهة و الحسن هو طلاق السنة و هو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة اطهار. و قال مالك رحمه الله تعالى انه بدعة

العدة) أخرج هذا ابن ابى شيبة(١) في مصنفه، حدثنا وكيع عن سفيان عن مغيرة عن ابراهيم النخعي، قال كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض (و ان هذا) أى الاقتصار على تطليقة واحدة (أفضل عندهم) أى عند الصحابة رضي الله تعالى عنهم (من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة) أى طلقة واحدة (و لانه) اي و لان ايقاع الواحدة (أبعد من الندامة) حيث أبقى لنفسه التدارك، بأن يراجعها في العدة، و بعدها بتجديد النكاح من غير تزوج آخر و ابقاء مكانة التدارك مندوب الى الله تعالى فلعل الله يحدث بعد ذلك امراً (و أقل ضرراً بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها نظراً اليه، لإن اتساع المحلية نعمة في حقهن، فلايتكامل ضرر الايحاش (و لا خلاف لاحد في الكراهة) اي لا خلاف في عدم الكراهة، يعني لم يقل أحد بكراهة ايقاع الواحد، بخلاف الحسن، فان فيه خلاف(٢) فيكون هذا احسن. قلت هكذا(٣) فسر الشراح كلهم هذا اللفظ، و ظاهره يقتضي خلافه على ما لايخفى على المتأمل (و الحسن هو طلاق السنة(٤) و هو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة اطهار. و قال مالك رحمه الله تعالى انه بدعة) اي ان الطلاق المفرق على ثلاثة اطهار في المدخول بها بدعة، و في المغرب

=> بدعيا الخ كذا في اوجز المسالك ص٣٢٩ ج٤ و راجع المغنى ص٢٣٤ ج٨. (١) ابن ابي شيبة ص٤ ج٥ بسند صحيح و نصب الراية ص٢٢٠ ج٣ و فتح القدير ص٣٢٧ ج٣ و الدراية ص٢٢٦ و اعلاء السنن ص١٤٣ ج١١ و فيه و قال محمد رحمه الله تعالى بلغنا عن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لايزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة الخ. (٢) خلاف اى خلاف مالك رحمه الله تعالى كما في الفتح والكفاية. (٣) هكذا فسر الشراح الخ كما في الشروح الثلاثة فتح القدير و العناية و الكفاية. (٤) و الحسن هو طلاق السنة و في فتح القدير ص٣٢٨ ج٣ ان كلا منهما (اى الحسن و الاحسن) طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لاوجه له. و كذا في حاشية الچلپي و في البحر ص٢٥٦ ج٣ بعد نقل عبارة فتح القدير هذه لكن مشائخنا انما خصوه باسم السنة لما ورد في واقعة ابن عمر رضي الله عنهما ما هكذا امرك الله تعالى قد اخطأت السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء تطليقة و خصوا الاول باسم الحسن لما روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى ان اصحاب رسول الله لى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لايزيدوا في الطلاق على واحدة حين تمضى عدتها و ان هذا افضل عندهم انتهى و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ص٣٢٨ ج٣ و اعلم ان السنى المسنون و هو كالمندوب في استعقاب الثواب و المراد =>

و لايباح الا واحدة، لان الاصل في الطلاق هو الحظر و الاباحة لحاجة الخلاص، و قد اندفعت بالواحدة. و لنا قوله عليه الصلوة و السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة،

البدعة اسم من ابتدع الأمر اذا ابتدأه و أحدثه، ثم غلب على ما هو زيادة في الدين و نقصان منه. و قيل البدعة احداث أمر لم يكن من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (و لايباح الا واحدة) أى طلقة واحدة (لان الاصل في الطلاق هو الحظر) أى المنع، لقوله عليه الصلوة و السلام تزوجوا و لاتطلقوا، رواه ابوداود(١) (و الاباحة) أى اباحة الطلاق (لحاجة) الناس الى (الخلاص وقد اندفعت) أى الحاجة (بالواحدة) أى بالطلقة الواحدة فلايباح غيرها (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام) أى قول النبي صلى الله عليه وسلم (في حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن من السنة ان تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة) هذا الحديث رواه الدارقطني(٢)

=> به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لايستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلاثا فمنع نفسه من الطهر الى الطهر الآخر و الواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذالك الوجه امتناعا عن المعصية و ذالك الكف غير فعل الايقاع و ليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو اوقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذالك الايقاع سميناه طلاقاً مسنونا مع انتفاء سبب الثواب و هو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ اسبابها و قيام داعيتها و هذا كمن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعية و تهيؤه له مع الكف عنه لايثاب عليه و لو وقعت له داعيته و طلب النفس له و تهيؤه له و كف تجافيا عن المعصية اثيب انتهى و نبذ منه في البحر ص٣٠٦ ج٣ و قال ابن قدامة رحمه الله تعالى في المغنى ص٢٣٥ ج٨ معنى طلاق السنة الطلاق الذي وافق امر الله تعالى و امر رسوله صلى الله عليه وسلم في الآية و الخبرين المذكورين و هو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضى عدتها و لا خلاف في انه اذا طلقها في طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضي عدتها انه مصيب للسنة مطلق للعدة التي امر الله بها قاله ابن عبدالبر و ابن المنذر و قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه طلاق السنة ان يطلقها من غير جماع و قال في قوله تعالى "فطلقوهن لعدتهن" قال طاهرا من غير جماع و نحوه عن ابن عباس رضي الله عنه في حديث ابن عمر رضي الله عنه الذي رويناه ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم أن شاء امسك و ان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء انتهى و كذلك في اعلاء السنن ص١٤٣ج١١. (١) ابوداود كذا في الاصل لكنى ما وجدته في مظانه من ابي داود نعم في الموسوعة ص٣٦٦ ج٤ تزوجوا و لاتطلقوا فان الطلاق يهتز له العرش. قرطبى ص١٤٩ ج٨ تاريخ بغداد للخطيب ص١٩١ ج١٢ الفوائد المجموعة للشوكاني ص١٣٩ و غير ذالك و ذكر هذا الحديث في البدائع و الصنائع ص٦٥ ج٣. (٢) الدارقطنى ص.. و مجمع الزوائد ص٣٣٦ج٤ و التفعيل =>

و لان الحكم يدار على دليل الحاجة و هو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، و هو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظراً الى دليلها،

في سننه من حديث معلى بن منصور، حدثنا شعيب بن رزيق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبدالله بن عمر رضي الله عنه انه طلق امرأته تطليقة و هي حائض، ثم اراد أن يتبعها طلقتين اخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، قد أخطأت السنة، و السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء، فأمرني فراجعتها، فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك، فقلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً، أكان يحل لي أن اراجعها فقال لا، كانت تبين منك، و تكون معصية. و ذكره عبدالحق في احكامه من جهة الدارقطني و اعله بمعلى بن منصور و قال رماه احمد بالكذب قلت لم يعله البيهقي في المعرفة الا بعطاء الخراساني و قال انه أتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها و هو ضعيف في الحديث لايقبل ما تفرد به(١) و رواه الطبراني في معجمه. و قال صاحب التنقيح عطاء الخراساني، قال ابن حبان كان صالحاً غير انه كان رديء الحفظ كثير الوهم، فبطل الاحتجاج به و أحسن من هذا ما رواه النسائي(٢) باسناده عن عبدالله رضي الله عنه قال طلاق السنة أن يطلقها تطليقة، و هي طاهرة من غير جماع، فاذا حاضت و طهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة، فاخبر انه طلاق السنة، و هي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. **(و لان الحكم يدار على دليل الحاجة)** لا على حقيقة الحاجة، لان تباين الاخلاق و تنافر الطباع أمر باطن لايمكن الوقوف عليها، فاقيم السبب الظاهر مقام الحاجة **(و هو)** أى دليل الحاجة **(الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة و هو الطهر)** الخالي عن الجماع لانه زمان رغبة فيها طبعاً و شرعاً، فلايختار فراقها الا لحاجة **(فالحاجة كالمتكررة نظراً الى دليلها)** أى دليل الحاجة، حاصل المعنى

=> في نصب الراية ص٢٢٠ ج٣ و فتح القدير ص٣٢٨ ج٣. (١) ما تفرد به ورد بانه رواه الطبراني حدثنا على بن سعيد .... حدثنا شعيب بن رزيق سندا و متنا و قد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر رضي الله عنه و كذالك قال ابوحاتم و قيل لابى زرعة الحسن لقى ابن عمر رضي الله عنه قال نعم و اما اعلال عبدالحق اياه بمعلى بن منصور فليس بذاك و لم يعله البيهقي الا بالخراساني و قد ظهرت متابعته انتهى ما في فتح القدير. (٢) النسائي باب طلاق السنة ص٩٩ ج٢ و الدارقطنى ص٥ ج٤ و في فتح الباري في اوائل كتاب الطلاق ص٤٣٤ ج٩ قوله و طلاق السنة ان يطلقها طاهرا من غير جماع روى الطبرى بسند صحيح عن ابن مسعود رضي الله عنه في قوله تعالى "فطلقوهن لعدتهن" قال في الطهر من غير جماع و اخرجه عن جمع من الصحابة رضي الله عنهم و من بعدهم كذالك و هو عند الترمذي ايضا. انتهى.

ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ، و من قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع، و طلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد، فاذا فعل ذلك وقع الطلاق و كان عاصياً.

كلما تكرر دليل الحاجة جعل كأن الحاجة الى الطلاق تكررت، فابيح تكرار الطلاق بالتفريق على الاطهار. (ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر، احترازاً عن تطويل العدة) أشار بهذا الى اختلاف المشايخ في الطلاق السني، فقال بعضهم الاولى أن يوخر الايقاع الى آخر الطهر، لانه اذا لم يؤخر تتضرر المرأة يكون عدتها ثلاثة أطهار و ثلاث حيض كوامل، فتطول عدتها لامحالة، و هو في الخلاصة رواية أبي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى (و الاظهر ان يطلقها كما طهرت، لانه لو أخر ربما يجامعها) لان الطهر زمان تجدد الرغبة (و من قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع) أي ايقاع الطلاق (عقيب الوقاع) أي الجماع، فيكون الطلاق بدعيا، و انما قال المصنف و الاظهر لان محمداً قال في الاصل، فاذا اراد ان يطلقها ثلاثاً طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض (و طلاق البدعة ان يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة او ثلاثاً) أى او يطلقها ثلاث تطليقات (في طهر واحد فاذا فعل ذلك) أى التطليق بثلاث تطليقات بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد (وقع الطلاق) و بانت منه و حرمت حرمة مغلظة (و كان عاصياً) لانه ارتكب حراماً. و قالت الظاهرية و الشيعة لايقع الطلاق في حالة الحيض، و الثلاث بكلمة واحدة. و عند الامامية لايقع شيء اصلا، و به قال المريسي، و عند الزيدية منهم يقع واحدة، و يزعمون انه قول علي رضي الله تعالى عنه. و عن ابن عباس رضي الله عنه كان الطلاق(١) على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واحداً و كذا في زمن ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه، و ثلاثا من مدة عمر

---

(١) كان الطلاق الخ راجع لتحقيق هذه المسئلة فتح القدير ص٣٢٩ ج٣ و عمدة القاري باب من اجاز طلاق الثلاث ص٢٣٣ ج٢٠ و فتح الباري باب من جوز الطلاق الثلاث ص٤٥٣ ج٩ و اوجز المسالك في اوائل كتاب الطلاق ص٣٣٠ ج٤ و المغنى ص٢٤٣ ج٨ و اعلاء السنن باب ايقاع الثلاث مجموعة الخ ص١٤٨ ج١١ و فتح الملهم باب طلاق الثلاث ص.... ج٣ و شرح المسلم للنووى باب طلاق الثلاث ص٤٧٧ ج١ و تكملة شرح المهذب ص١٣٠ ج١٧ و رسالة في اللغة العربية للمحدث الشيخ مولانا حبيب احمد الكيرانوي رحمه الله تعالى و هي مدرجة في اعلاء السنن ص١٦٢ الى ١٨٠ ج١١ و رسالة في اللغة الاردية عمدة الاثاث للشيخ المحدث الفقيه شيخ الحديث بمدرسة شهيرة نصرة العلوم گوجرانواله باكستان مولنا محمد سرفراز خان نفع الله ايانا و سائر المسلمين بعلومه و بركاته فالشيخان المذكوران حققا هذه المسئلة بالبسط والتفصيل و الاتقان و اجادا و افادا.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم و المشروعية لاتجامع الحظر، بخلاف الطلاق في حالة الحيض، لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق

رضي الله تعالى عنه، رواه البخاري و مسلم(١) و في المغنى(٢) و كان عطاء و طاووس و سعيد بن جبير و عمرو بن دينار و ابو الشعثاء يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة، و قال القاضي ابويوسف كان الحجاج بن ارطاة يقول طلاق الثلاث ليس بشيء قال محمد بن اسحاق واحدة كقول الشيعة (و قال الشافعي رحمه الله تعالى كل طلاق مباح)(٣) و به قال ابوثور و داود الظاهري و ابن حبيب من المالكية و احمد في رواية و في رواية ارسال الثلاث مباح (لانه) أي لان الطلاق (تصرف مشروع حتى يستفاد منه الحكم) بضم الدال لانه حال، اي يستفاد بالطلاق الحكم، و هو وقوع الطلاق (و المشروعية لاتجامع الحظر) و كل ما هو مشروع لايكون محظوراً (بخلاف الطلاق في حالة الحيض) هذا جواب عما يقال كيف يصح العموم و الطلاق في حال الحيض حرام، فاجاب بقوله - بخلاف الطلاق في حالة الحيض. (لان المحرم) بكسر الراء المشددة، أي المحرم للطلاق و يجوز فتحها بان يقال ان المحظور (تطويل العدة عليها لا الطلاق) اي لا نفس الطلاق و تطويل العدة، كما اذا طلقها في حالة الحيض، لان الحيض الذي وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب في العدة بالاجماع او يلتبس أمر العدة عليها كما اذا طلقها في طهر جامعها فيه، لانا لاندري انها حائل فتعتد بالاقراء، او حامل فتعتد بوضع الحمل، و الحاصل في هذه المسألة ان عندنا يعتبر في طلاق السنة التفريق و الوقت. و عند مالك رحمه الله تعالى يعتبر الواحدة و الوقت. و عند الشافعي رحمه الله تعالى يعتبر الوقت، و لايلتفت الى العدد، و الشافعي يستدل أيضا بقوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء و هذا لانه مطلق، فيتناول الجمع و التفريق و بما روى عن عويمر العجلاني رضي الله تعالى عنه انه لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يارسول الله صلى الله عليه وسلم ان امسكتها فهي طالق ثلاثا فلم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الثلاث جملة، و هذا الحديث متفق عليه(٤) و بما ورد عن عبدالرحمن

---

(١) البخاري و مسلم باب طلاق الثلاث ص٤٧٧ ج١ و ابوداود باب بقية نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ص٣٠٦ ج١ و النسائى طلاق الثلاث المتفرقة ص١٠٠ ج٢ و شرح معاني الآثار باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ص٣٣ ج٢. (٢) المغنى ص١٤٣ ج٨. (٣) كل طلاق مباح راجع المبسوط للسرخسي ص٤ ج٦ و اعلاء السنن ص١٤٨ ج١١. (٤) متفق عليه. البخاري باب اللعان و من طلق بعد اللعان ص٧٩٩ ج٢ و مسلم كتاب اللعان ص٤٨٨ ج١.

و لنا أن الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية و الدنياوية(١) و الاباحة للحاجة الى الخلاص و لا حاجة الى الجمع بين الثلاث و هي في المفرق على الاطهار ثابتة نظراً الى دليلها،

بن عوف رضي الله تعالى عنه(٢) انه طلق امرأته تماضر في مرض الموت و بما روى من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ان امرأة قالت يارسول الله ان رفاعة طلقني و بت طلاقي، و لم ينكر، متفق عليه(٣) و بما روى من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها(٤) ان زوجها ارسل اليها بثلاث تطليقات و الجواب عن الآية قد خص عنها الطلاق حالة الحيض و الطلاق في طهر جامعها فيه فيخص المتنازع و هو الجمع. و الجواب عن حديث عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه و ماشابهه انه محمول على خلاف السنة، بان قال أنت طالق للسنة، لانه أليق بحالهم ان يعملوا على وفاق الكتاب و السنة، و لان تقليد الصحابي ليس بحجة عنده، فكيف يحتج بفعل الصحابي علينا. و الجواب عن حديث رفاعة رضي الله عنه انه ليس فيه طلقها ثلاثا بكلمة واحدة ويجوز ان يكون مفرقا على الاطهار و الجواب عن حديث فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها ان زوجها أباعمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رضي الله تعالي عنه الى اليمن فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها رواه مسلم(٥) (و لنا(٦) أن الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي يتعلق به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان (و الدنياوية) من السكن و الازدواج و اكتساب الولد، و كل ما هو كذلك ينبغي أن لايجوز وقوعه في الشرع و لكنه ابيح للحاجة كما قال (و الاباحة للحاجة الى الخلاص) يعني اباحة الطلاق انما كانت للحاجة الى الخلاص عن عهدة المرأة (و لا حاجة الى الجمع بين الثلاث) لحصول الخلاص بما دونه (و هي في المفرق على الاطهار ثابتة) هذا جواب عما يقال، فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث، فكذا لا حاجة الى المتفرق على الاطهار، فاجاب بقوله - و هي - أي الحاجة الى الطلاق المتفرق ثابتة (نظرا الى دليلها) و هو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، و هو الطهر و الحكم يدار على دليل الحاجة لكونها

---

(١) الدنياوية - ن - الدنيوية. (٢) عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه. (٣) البخاري باب من اجاز طلاق الثلاث ص٧٩١ ج٢ و مسلم باب لاتحل المطلقة ثلاثا الخ ص٤٦٣ ج١. (٤) فاطمة بنت قيس رضي الله عنها روى المسلم نحوه في باب المطلقة البائن لانفقة لها ص٤٨٤ ج١ و ابوداود باب في نفقة المبتوتة ص٣١٩ ج١. (٥) مسلم ص٤٨٤ ج١. (٦) و لنا الخ راجع البدائع للكاساني رحمه الله تعالى فانه اجاد و افاد في هذا المقام ص٩٥ ج٣.

و الحاجة في نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها و المشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لاتنافي الحظر لمعنى في غيره، و هو ما ذكرناه، و كذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا. و اختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطا السنة،

أمراً باطنا كما تقدم. (و الحاجة في نفسها باقية) هذا جواب عما يقال دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها، و هاهنا لايتصور، لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني و الثالث مع ارتفاع النكاح بالاولى غير متصور. فاجاب بقوله - و الحاجة في نفسها - أي في ذاتها باقية(١) (فامكن تصوير الدليل عليها) لان الانسان قد يحتاج الى جهة باب النكاح لبنائه فيها، او لحاجة أخرى. (و المشروعية في ذاته) هذا جواب عن قوله - والمشروعية لايجامع الحظر - فاجاب قوله و المشروعية في ذاته (من حيث انه ازالة الرق) أى ازالة قيد النكاح (لاتنافي الحظر لمعنى في غيره) تقريره(٢) ان يقال يجوز ان يكون الطلاق باعتبار قطع النكاح المسنون محظوراً في جامع المشروعية، كالصلاة في الارض المغصوبة، و البيع في وقت النداء، فانهما مشروعان بذاتهما محظوران لغيرهما، و لا منافاة لاختلاف الجهة، فلم يلزم من اثبات المشروعية انتفاء الحظر (و هو ما ذكرناه) من فوت المصالح الدينية و الدنياوية (و كذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا) انه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث (و اختلفت الرواية) عن اصحابنا (في الواحدة البائنة) أى فيما اذا طلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة بائنة (قال في الاصل) اي المبسوط(٣) في كتاب الطلاق (انه اخطأ السنة)

---

(١) باقية و في الكفاية لانها قد تحتاج الى ان يحسم باب النكاح لتخلص عنها بالكلية لانه ربما يهواها و يميل طبعه اليها مادام سبيل الوصول اليها ثابتا فيقع في عهدتها فامكن تصوير الدليل عليها انتهى و في العناية باقية يعني لاحتمال ان تكون سيئة الاخلاق و بذية اللسان فيسد على الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم و قال فخر السلام و على هذا يجوز ان يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر و اظن انه اراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على انه مفرق و يجوز ان يراد قوله عليه الصلوة و السلام لابن عمر رضي الله عنه ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث انتهى و في حاشية الهداية لمولنا عبدالحى رحمه الله بحوالة العناية لاحتمال ان تكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيحتاج الزوج الى امكان التدارك مع صونه عن عروض الندم. (٢) تقريره الخ و في العناية ص٣٣٢ ج٣ ان المشروع لذاته لايجوز ان يكون محذورا لذاته اما كان المشروعية لذاته و الحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين و الدنيا فلاتنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء و الصلوة في الارض المغصوبة انتهى و في فتح القدير و الوجه في تقريره انه مشروع من حيث انه دافع لحاجة لزوم فساد الدين و الدنيا ولاينافيه كونه غير مشروع من انه اضرار و كفران بلاحاجة الخ. (٣) اي =>

لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص و هي البينونة و في رواية الزيادات انه لايكره للحاجة الى الخلاص ناجزاً و السنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت، و سنة في العدد، فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها و غير المدخول بها، و قد ذكرناها، و السنة في الوقت يثبت(١) في المدخول بها خاصة و هو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعي دليل الحاجة و هو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة و هو الطهر الخالي عن الجماع، أما زمان الحيض فزمان النفرة و بالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة، و غير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر و

فيكره (لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص و هي) أى الصفة الزائدة (البينونة) لان الحاجة الى الطلاق للحاجة، و لا حاجة الى صفة زائدة (و في الزيادات انه لايكره للحاجة الى الخلاص ناجزاً) أى في الحال، و قال الاترازي ينبغي ان يقول و في زيادات الزيادات، لان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسألة فيها لا في الزيادات، فيحتمل انه وقع سهواً من الكاتب، او يحتمل انه انما قال كذلك، لان زيادات الزيادات من تتمة الزيادات، كانهامسألة الزيادات (و السنة في الطلاق من وجهين سنة في العدد يستوي فيها المدخول بها و غير المدخول بها، و قد ذكرناها) يعني في اول الباب يعني أن السنة في الطلاق من حيث العدد أن يطلقها واحدة، و يترك حتى تنقضي عدتها، و انما سمي الواحد عدداً تجوزاً، لانه اصل العدد و ليس هو بعدد حقيقة لان العدد(٢) ما كان نصف مجموع حاشيتيه و ليس للواحد الا حاشية واحدة (و السنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و الخلوة كالدخول عندنا في حكم العدد و مراعات وقت السنة في الطلاق لاجل العدد فتقام الخلوة فيه ايضاً مقام الدخول، كذا في المبسوط (و هو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه، لان المراعي دليل الحاجة، و هو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، و هو الطهر الخالي عن الجماع، اما زمان الحيض فزمان النفرة، و بالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام مقامه، و قال الكاكي قوله - في طهر واحد لم يجامعها فيه - و لم يسبق طلاق في حيض ذلك الطهر لم يكن الطلاق في ذلك الطهر سنياً، و ان لم يجامعها فيه و كذا لو وطئها حالة الحيض لم يكن الطلاق فيه سنياً كذا في الذخيرة و الزيادات (و غير المدخول بها يطلقها في حال الطهر و

=> المبسوط الخ و في فتح القدير يعني اصل المبسوط و هو الكافي للحاكم ابى الفضل الخ. (١) يثبت - ن - تثبت. (٢) لان العدد الخ و في كشاف اصطلاحات الفنون ص٩٥٠ ج٢ و قيل العدد ما كان نصف مجموع =>

الحيض، خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو(١) يقيسها على المدخول بها. و لنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض مالم يحصل مقصوده منها و في المدخول بها تتجدد بالطهر. قال و اذا كانت المرأة لاتحيض من صغر او كبر فاراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى لان الشهر في حقهما قائم مقام الحيض، قال الله تعالى و اللاتى يئسن من المحيض الى أن قال و اللاتى لم يحضن و الاقامة في حق الحيض خاصة

الحيض، خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) فانه يكره طلاقها في الحيض (و هو) أى زفر (يقيسها) أى يقيس غير المدخول بها (على المدخول بها و لنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة) لان الرغبة فيها لاتغتر بحيضها و رغبته بعد الحيض، كما كانت قبله، لان مقصوده لم يحصل منها، فكان اقدامه على الطلاق لحاجة اليه لا لنفرته عنه و رغبته (لاتقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها و في المدخول بها تتجدد) اي الرغبة (بالطهر قال و اذا كانت المرأة لاتحيض من صغر او كبر، فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة، فاذا مضى شهر طلقها أخرى، لان الشهر في حقهما) أى في حق الصغيرة و الكبيرة التي لاتحيض، و عند الشافعي رحمه الله تعالى و إن كانت الحامل تحيض فطلاقه في حالة الحيض ليس ببدعة، و قال بعض اصحابه و لايتأتى هذا خلافا للشافعي، لان ايقاع الثلاث بكلمة واحدة غير بدعة عنده، و لكن الاولى التفريق على الاشهر و في البسيط ليس في طلاق الصغيرة و الآيسة سنة و لا بدعة، و به قال احمد، و كذا الحامل عندهم (قال الله عزوجل و اللاتى يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال و اللاتي لم يحضن) اورد هذه الآية الكريمة دليلا على ان الاشهر تقوم مقام الحيض في حق هاتين الطائفتين، قوله تعالى و اللاتى لم يحضن اي الصغائر اللاتي لم يبلغن، او اللاتي بلغت بغير حيض كذلك تعتددن بثلاثة اشهر، كذا في التيسير، و عن العلامة حميد الدين الضرير رحمه الله تعالى انما قال لم يحضن، و ما قال لايحضن لانه لو قال لايحضن يمكن ان لا ترى الحيض في هذا الزمان، و يمكن انها قد كانت رأت قبل هذا الزمان فقال لم يحضن، يعني لايرين اصلا، و قوله تعالى و ألاتي لم يحضن مبتدأ، و خبره محذوف، أى و اللاتي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر (و الاقامة في حق الحيض خاصة) أى اقامة الشهر مقام الحيض خاصة، و احترز(٢) به عن قول بعض

=> حاشيتيه و المراد من حاشيتى العدد طرفاه الفوقاني و التحتاني الذان بعدهما من ذالك العدد واحد مثلا الثلاثة نصف مجموع الاربعة و الاثنين الخ. (١) هو - ن - و هو. (٢) و احترز به الخ كذا في العناية ص٣٣٤ ج٣.

حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر و هو بالحيض لا بالطهر، ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر(١) الشهور بالاهلة، و ان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق و في حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يكمل الاول بالاخير و المتوسطان بالاهلة، و هي مسألة الاجارات.

مشايخنا، حيث قالوا الشهر في التي لاتحيض يقوم مقام الحيض و الطهر جميعاً و اليه ذهب صاحب الينابيع وغيره، و قال شمس الائمة(٢) ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لاتحيض بمنزلة الحيض، و الطهر في حق التي تحيض، و ليس كذلك، بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض (حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر) أى في حق الامة التي لاتحيض من صغر او كبر (و هو) أى الاستبراء (بالحيض لا بالطهر) و قال الكاكي وغيره اختلاف اصحابنا يظهر في حق الزام الحجة على البعض باجماعهم، لان الاستبراء يكتفى بالحيض، على ان الشهر يقوم مقام الحيض، اذ التبع خلف الاصل بحاله لا بذاته، فان قيل(٣) لما قام الشهر مقام الحيض ينبغي ان يكون الطلاق الثاني في الشهر الثاني في حالة الحيض، قلنا قد ذكرنا ان الخلف يتبع الاصل بحاله لا بذاته، و ذات الشهر طهر، و الشهر أقيم مقام الحيض في حكم خاص، و هو انقضاء العدة لا في جميع الاحكام، الا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام، و الآيسة و الصغيرة لاتحرم، و كذا الطلاق الثاني. (ثم ان كان الطلاق في اول الشهر) يعني ان كان ايقاع الطلاق في اول الشهر (يعتبر الشهور بالاهلة) اي يعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة (و إن كان) أي الايقاع (في وسطه) أي في وسط الشهر (فبالايام) اي فيعتبر بالايام (في حق التفريق) أي في تفريق الطلاق على الاشهر بالاجماع، فيحتسب كل شهر ثلاثين يوماً في حق ايقاع الطلاق (و في حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) لايحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوماً من وقت الطلاق (و عندهما يكمل الشهر الاول بالاخير) اي يكمل الشهر الاول بالشهر الاخير بالايام (و المتوسطان بالاهلة) اي و يكمل المتوسطان و هما ما بين الاول و الاخير بالاهلة، لان الاصل في الاشهر الاهلة (و هي مسألة الاجارات) أى المسألة المذكورة مثل مسألة الاجارات على الخلاف المذكور(٤) اذا استأجر داراً

---

(١) يعتبر – ن – تعتبر. (٢) شمس الائمة رحمه الله تعالى في المبسوط ص١٢ ج٦. (٣) فان قيل الخ كذا في الكفاية و العناية. (٤) على الخلاف المذكور الخ و في فتح القدير ص٣٣٥ ج٣ يعني اذا استاجر ثلثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت او كاملة و ان استاجرها في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده و عندهما يكمل الشهر الاول بالاخير و فيما بين ذالك بالاهلة الخ.

قال و يجوز ان يطلقها و لايفصل بين وطئها و طلاقها بزمان. و قال زفر رحمه الله تعالى يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض. و لان بالجماع تفتر الرغبة، و انما تتجدد بزمان و هو الشهر، و لنا انه لايتوهم الحبل فيها، و الكراهية(١) في ذوات الحيض باعتباره، لان عند ذلك يشتبه وجه العدة، و الرغبة و ان كانت تفتر(٢) من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر،

شهوراً معلومة او سنة في خلال الشهر، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى تكون السنة ثلاثمائة و ستين يوماً، و عندهما يكمل الاول بالاخير و ما بينهما معتبر بالاهلة و على هذا الاجل في البيع (و يجوز أن يطلقها) اي و يجوز أن يطلق الآيسة او الصغيرة (و لايفصل بين وطئها و بين طلاقها بزمان) يعني لايشترط الفصل بشهر بين وطئها و طلاقها، و به قال الشافعي و مالك و احمد و ابوثور و ابوعبيد رحمهم الله تعالى و هو قول الحسن و ابن سيرين و طاووس و حماد بن سليمان و ربيعة رحمهم الله تعالى و قال شمس الائمة(٣) كان شيخنا يقول هكذا اذا كانت الآيسة لايرجى منها الحيض و الحبل، و أما اذا كانت صغيرة لايرجى منها الحيض و الحبل فالافضل الفصل بين جماعها و طلاقها بشهر، و لا منافاة بينه و بين قول المصنف، لان الافضلية لاتنافي الجواز. (و قال زفر رحمه الله تعالى يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض) فيمن تحيض، و فيها يفصل بين طلاقها و وطئها بحيضة، فكذا هنا بشهر (و لان بالجماع تفتر الرغبة) فكانت بمنزلة ذات الاقراء اذا جومعت في الطهر (و انما تتجدد) اى الرغبة (بزمان) فلابد منه (و هو الشهر و لنا انه) أى ان الشأن (لايتوهم الحبل فيها) اي في التي نحن فيها من الآيسة و الصغيرة (و الكراهية) اي كراهية الطلاق بعد الجماع (في ذوات الحيض باعتباره) أي باعتبار الحبل (لان عند ذلك) اي عند توهم الحبل (يشتبه وجه العدة) اي وجه عدتها، فلايدري انها حائل فتعتد بالاقراء، او حامل فتعتد بوضع الحمل (و الرغبة و ان كانت تقل من الوجه الذي ذكر) هذا جواب عن قول زُفر رحمه الله تعالى و انما تتجدد الرغبة فاجاب بقوله - و الرغبة و ان كانت تقل - من القلة من الوجه الذي ذكره زفر، و يجوز أن يكون على صيغة المجهول من الوجه الذي ذكر الآن (لكن تكثر من وجه آخر) أى لكن تكثر الرغبة من وجه آخر لايقال(٤) اذا تعارض دليل كثرة الرغبة مع دليل فتور الرغبة يتساقطان لانا نقول لايلزم من زوال كثرة الرغبة زوال اصل الرغبة فيكون الاقدام على الطلاق في زمان الرغبة. و الذي يظهر لي أن المصنف رحمه الله تعالى

---

(١) الكراهية - ن - الكراهة. (٢) تغتر - ن - تقل. (٣) شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى كذا في الشروح الثلاثة. (٤) لايقال الخ و نحوه في الكفاية.

لانـه يرغـب في وطئ غـير معـلق فـراراً عـن مؤن الـولد فـكان الزمان زمان الـرغبـة(١) فصار(٢) كزمان الحبل و طلاق الحامل يجوز عقيب الجماع، لانه لايؤدي الى اشتباه وجه العدة، و زمان الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلاتقل(٣) الرغبة بالجماع و يطلقها للسنة ثلاثاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى(٤) لايطلقها للسنة الا واحدة، لان الاصل في الطلاق الحظر، و قد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة و الشهر في حق الحامل ليس من فصولها،

أجاب عنه بقوله (لانه يرغب في وطئ غير معلق) اي يترجح جهة الرغبة بكون الوطئ غير معلق، بضم الميم و سكون العين المهملة و كسر اللام، و بالقاف من أعلق المرأة اذا احبلها و ثلاثيه علق، يقال علقت المرأة اذا حبلت علوقاً (فراراً) أى لاجل الفرار (عن مؤن الولد) بضم الميم و فتح الهمزة جمع مؤنة (فكان الزمان زمان رغبة، فصار كزمان الحبل) و في الذخيرة قيل اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل، فالافضل أن يفصل بينهما بشهر (و طلاق الحامل يجوز عقيب الجماع، لانه لايؤدي الى اشتباه وجه العدة، و زمان الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه) أى لكون الوطئ (غير معلق) أى غير محبل (او فيها) عطف على قوله - في الوطئ - و الضمير يرجع الى الحامل يعني ان زمان الحبل زمن الرغبة في الوطئ لانه في حالة الحبل غير معلق، و هو زمان الرغبة في الحامل (لمكان ولده منها) اي لاجل حصول ولده من الحامل (فلاتقل الرغبة بالجماع) لان الولد داع الى رغبة الرجل في أمه، و لما كان زمان الرغبة لايقع طلاقها عقيب الجماع. (و يطلقها) أي الحامل (للسنة ثلاثاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد و زفر رحمهما الله تعالى لايطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر، و قد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن و قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه اي لاطهار عدتهن، ففي ذوات الاقراء فرق على الاقراء، و في حق الآيسة و الصغيرة على الاشهر، لان كل شهر فصل من فصول العدة في حقهن، كالقرء في ذوات الاقراء (و الشهر في حق الحامل ليس من فصولها) اي من فصول العدة، لان مدة الحمل، و ان طالت فهي طهر واحد حقيقة و حكماً، الا ترى ان انقضاء العدة لايتعلق بها

---

(١) الرغبة - ن - رغبة. (٢) فصار - ن - و صار. (٣) فلاتقل - ن - فلايقل. (٤) و قال محمد - ن - و قال محمد و زفر.

فصار كالممتدة(١) طهرها. و لهما ان الاباحة لعلة الحاجة و الشهر دليلها، كما في حق الآيسة و الصغيرة، و هذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة، فصلح علماً و دليلاً، بخلاف الممتدة طهرها، لان العلم في حقها انما هو الطهر، و هو مرجو فيها في كل زمان، و لايرجى مع الحبل، و اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق، لان النهى عنه لمعنى في غيره، و هو ما ذكرنا فلاينعدم مشروعيته،

(فصار كالممتد طهرها) فلايكون محلا لتفريق الثلاث، لان شهورها و إن امتدت فهو فصل واحد و لاتفرق التطليقات فيه. و قال محمد بلغنا عن ابن مسعود و جابر بن عبدالله و الحسن البصري رضي الله تعالى عنهم ان الحامل لاتطلق اكثر من واحدة للسنة. و قول الصحابي اذا كان فقيها يقدم على القياس، هكذا في المبسوط(٢) و بقول محمد قال الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى(٣) (و لهما) أي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (أن الاباحة) أي اباحة الطلاق (لعلة الحاجة) اي باعتبار الحاجة (و الشهر دليلها) أي دليل الحاجة في حق الحامل (كما في حق الآيسة و الصغيرة) أي كما انها دليل الحاجة في حقهما، لان مدة الحمل مدة كاملة، و لهذا يلزمها الحد و أحكام العدة، فكانت كالشهور في حقها (و هذا) أي كون الشهر دليلا في حق الآيسة و الصغيرة (لانه) أي لان الشهر (زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة) انما قال هذا لان الشخص ربما لايرغب في المرأة في اكثر من شهرين او ثلاث بآفة عارضة في ذاته. اما الشخص السليم عن الآفة فلابد أن يجدد الرغبة في المرأة في شهر فصلح الشهر دليلا على الحاجة (فصلح) أي الشهر (أن يكون علما و دليلا) على وجود الحاجة و الحكم يدار على دليلها، فاذا وجد وجد ما أبيح لاجله الطلاق، فيكون مباحا (بخلاف الممتدة طهرها) هذا جواب عن قياس قول محمد، بيانه هو قوله (لان العلم في حقها) اي لان العلم على الحاجة في حقها (انما هو الطهر) بعد الحيض، يعني تجدد طهر يعقبه الحيض (و هو) أى تجدد الطهر (مرجو فيها في كل زمان) لانه يمكن أن تحيض فتطهر، لانها ليست يائسة و لا صغيرة (و لايرجى) أى تجدد الطهر (مع الحبل) لان الحامل لاتحيض، فاذا رأت دما لايعتبر حيضها (و اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) و يأثم باجماع الفقهاء و عند الشيعة و ابن علية و هشام بن الحكم و الظاهرية لايقع (لان النهى عنه) اي عن الطلاق في حالة الحيض (لمعنى في غيره، و هو ماذكرنا) و هو تطويل العدة و اشتباه أمر العدة اوصله بالتدارك (فلاينعدم مشروعيته) لان النهي لمعنى في

---

(١) كالممتدة - ن - كالممتد. (٢) المبسوط للسرخسي ص١٠ ج٦. (٣) و مالك الخ و في فتح القدير =>

و يستحب له أن يراجعها لقوله عليه الصلوة و السلام لعمر مر ابنك فليراجعها و قد طلقها في حالة الحيض و هذا يفيد الوقوع و الحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ

غيره لايعدم المشروعية كما عرف في الاصول. قيل المراد بالنهى هاهنا المستفاد من ضد الامر المذكور من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي لاطهار عدتهن(١) و قيل المراد بالنهي قوله تعالى و لاتمسكوهن ضراراً لتعتدوا (و يستحب) أى للرجل الذي طلق امرأته في حالة الحيض (ان يراجعها) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى و قال محمد في الاصل و ينبغى له أن يراجعها (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لعمر رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها) هذا الحديث اخرجه الائمة الستة(٢) عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما انه طلق امرأته و هي حائض، فسأل عمر رضي الله تعالى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة و السلام مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر. فان بداله أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله تعالى. و في لفظ البخاري و مسلم انه طلق امرأته تطليقة واحدة و هي حائض. قوله - مره - أى مر من أمر يأمر أمراً، بهمزتين، فحذفت الهمزة التي هي فاء الفعل للاستثقال، و استغنى عن همزة الوصل فحذفت ايضاً، فصار - مر - على وزن عل و الكاف في قوله - ابنك - خطاباً لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و ابنه عبدالله رضي الله تعالى عنه (و قد طلقها) الواو للحال، أى و الحال ان ابن عمر رضي الله تعالى عنه قد كان طلق امرأته (في حالة الحيض) و كان طلقها واحدة كما في الذي ذكرناه (و هذا) اشارة الى قوله عليه الصلوة و السلام - فليراجعها - (يفيد الوقوع) أى وقوع الطلاق اذ لايتصور الرجعة بدون الوقوع (و الحث) أى و يفيد الحث (على الراجعة) أى على أن يراجعها (ثم الاستحباب) أى استحباب الرجعة (قوله بعض المشايخ) و به قال الشافعي

=> ص٣٣٧ ج٣ و قول محمد قول الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى. (١) و في فتح القدير ص٣٣٨ ج٣ فطلقوهن لعدتهن و هو المراد بالامر في قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا امرك الله تعالى الخ وفي العناية فطلقوهن لعدتهن اى لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله عليه الصلوة و السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها الخ. (٢) الائمة الستة البخاري في اوائل الطلاق ص٧٩٠ ج٢ و باب مراجعة الحائض ص٨٠٣ ج٢ و كتاب الاحكام باب هل يقضى القاضي الخ ص١٠٦ ج٢ و تفسير سورة الطلاق ص٧٢٩ ج٢ و مسلم باب تحريم طلاق الحائض ص٤٧٦ ج١ و ابوداود باب طلاق السنة ص٣٠٣ ج١ و الترمذي باب ماجاء في طلاق السنة ص١٤٠ ج١ و النسائي في اوائل كتاب الطلاق ص٩٨ ج٢ و ابن ماجة باب طلاق السنة ص١٤٦ و نصب الراية ص٢٢١ ج٣.

و الاصح انه واجب عملاً بحقيقة الامر و رفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره و هي(١) العدة، و دفعاً لضرر تطويل العدة. قال فاذا طهرت و حاضت ثم طهرت فان شاء طلقها، و ان شاء امسكها قال و هكذا ذكر في الاصل، و ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى انه يطلقها في الطهر الذي يلى الحيضة الاولى قال ابوالحسن الكرخي رحمه الله تعالى ماذكر الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ما ذكر في الاصل قولهما، و وجه المذكور في الاصل ان

و احمد رحمهما الله تعالى (و الاصح انه) أي ان المراجعة او الرجعة ذكر الضمير على تاويل الرجوع (واجب عملاً بحقيقة الامر) لان مطلق الامر للوجوب حقيقة، قال الاترازي قال صاحب الهداية و الاصح انه واجب، و لان فيه نظرا محمد لم يذكر في الاصل لفظ الوجوب، بل قال ينبغي له أن يراجعها، قال في الاصل و اذا طلق الرجل امرأته و هي حائض فقد اخطأ السنة، و الطلاق واقع عليها، فينبغى ان يراجعها، و شمس الائمة نقل في المبسوط لفظ محمد كذلك، و لم يذكر الوجوب، ثم قال الاترازي نعم يحتمل ان تكون الرجعة واجبة، لان الامر بالمراجعة مطلق، و مطلق الامر يدل على الوجوب انتهى، قلت اراد الاترازي بقوله التعرف فقط، اذ لا حاجة للتنظير فيه و لا للاعتذار بعد ذلك (و رفعاً للمعصية) أى و لاجل رفع المعصية لان ايقاع الطلاق في الحيض معصية و السبيل في رفع المعاصي برفعها (بالقدر الممكن) اي بقدر ما أمكن كالبييع الفاسد، و النكاح الفاسد (برفع أثره) أى برفع اثر المعصية، و ذكر الضمير على تاويل العصيان و المعصية الطلاق في حالة الحيض (و هو) أى اثره هو (العدة) أى اثر الطلاق الذي هو معصية و هو العدة (و دفعاً لضرر تطويل العدة) اي و لاجل دفع الضرر بطول العدة عليها برفعها بالمراجعة (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (فاذا طهرت) أى بعد المراجعة (و حاضت ثم طهرت، فان شاء طلقها، و ان شاء امسكها قال) اي المصنف رحمه الله (و هكذا ذكر في الاصل) اي هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في المبسوط، لانه قال فيه فاذا طهرت من حيضة أخرى طلقها واحدة قبل الجماع، و هذا يدل على أن الطهر الذي يقع في الطلاق هو الطهر الذي بعد حيضة أخرى، لا الطهر بعد حيضة اوقع فيها الطلاق، قال المصنف (و ذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة. قال ابو الحسن الكرخي(٢) ما ذكره الطحاوي قول ابي جنيفة رحمه الله تعالى و ما ذكره في الاصل قولهما) اي قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و في الكافي هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة، و به قال الشافعي في المشهور عنه و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و ما ذكره الطحاوي رواية عن ابي حنيفة، و به قال الشافعي في وجه (و وجه المذكور في الاصل ان

---

(١) و هي - ن - و هو: (٢) الكرخي رحمه الله تعالى اي وفق الكرخي بين الروايتين فقال الخ العناية.

السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، و الفاصل هاهنا بعض الحيضة، فتكمل بالثانية و لاتتجزأ، فتتكامل، و اذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليه زمان السنة، فامكن تطليقها على وجه السنة. وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه. و من قال لامرأته و هي من ذوات الحيض و قد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة و لا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت و وقت السنة طهر لا

السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، و الفاصل هاهنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية و لاتتجزأ) اي الحيضة الثانية (فتتكامل و اذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليه زمان السنة فامكن تطليقها على وجه السنة وجه القول الآخر) اراد به ما ذكره الطحاوي (أن اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه) اي يلي الحيض. و اعلم ان المصنف رحمه الله تعالى بين وجه القولين المذكورين بالمعاني الفقهية، و لم يرجع الى الحديث المروي في الباب، لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث. فروى البخاري باسناده الى نافع عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها... الحديث، و قد ذكرناه عن قريب(١) و هذا يدل على رواية الاصل. و روى الترمذي(٢) في جامعه باسناده الى سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلوة و السلام قال مره فليراجعها... الحديث، و قد ذكرناه أيضا، و هذا يدل على رواية الطحاوي فلاجل التعارض بينهما لم يذكرهما المصنف و اكتفى بما ذكره في الكتاب (و من قال لامرأته و هي من ذوات الحيض و قد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة و لا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) هذا اذا لم يجامعها طاهراً، و لو جامعها فيه لايقع حتى تحيض و تطهر اذا لم ينو شيئاً او نوى عند كل طهر تطليقة و عند الشافعي رحمه الله تعالى و رواية عن احمد رحمه الله تعالى يقع الثلاث في الحال اذا لم يجامعها و هي طاهرة. و لو جامعها في ذلك الطهر لاتطلق الثلاث حتى تحيض و تطهر، لان عنده لا سنة و لا بدعة في العدد حتى لو نوى تفريق الثلاث على الاطهار لايقبل قوله في المشهور عنه. و عن بعض اصحابه يقبل و قال مالك رحمه الله لا اعرف المباح من الطلاق الا واحدة، فيكو الثلاث بدعياً عنده و قيد به و قد دخل بها لان غير المدخول بها تطلق ثلاثا في الحال بالاجماع (لان اللام فيه) أى في قوله للسنة (للوقت) بان يستعار الوقت فكانه قال وقت السنة (و وقت السنة) في الطلاق (طهر لا

---

(١) عن قريب أى قبل ورقة. (٢) الترمذي الخ و في فتح القدير ص٣٣٩ ج٣ رواه مسلم و اصحاب السنن =>

جماع فيه و ان نوى أن تقع الثلاث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى، سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر. و قال زفر رحمه الله تعالى لاتصح نية الجمع لانه بدعة و هي ضد السنة. و لنا انه محتمل لفظه لانه سنى وقوعاً من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعاً فلم يتناوله مطلق كلامه و ينتظمه عند نيته. و ان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة و بعد شهر أخرى و بعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة

جماع فيه) أي طهر خال عن الجماع. (و إن نوى أن تقع الثلاث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت) اي تلك الساعة (في حالة الحيض او في حالة الطهر، و قال زفر رحمه الله تعالى لاتصح نية الجمع لانه) أى لان الجمع بين الثلاث (بدعة وهي) اي البدعة (ضد السنة) و الشيء لايحتمل ضده، فقد نوى ما لايحتمل لفظه فيلغو (و لنا أنه) أى ان الجمع (محتمل لفظه) و هو السنة من حيث الوقوع (لانه سني وقوعاً) أى من حيث الوقوع (من حيث ان وقوعه) اي وقوع الثلاث جملة عرف (بالسنة) و هو قوله عليه الصلوة و السلام من طلق امرأته الفاً بانت منه بثلاث(١) و الباقي رد عليه (لا ايقاعاً) لان ايقاع الثلاث جملة مكروه (فلم يتناوله مطلق كلامه) لان المطلق ينصرف الى الكامل و ذا في السني وقوعاً و ايقاعاً. فان قيل(٢) الوقوع بدون الايقاع محال لانه انفعال فاذا صح الوقوع صح الايقاع، فكان سنياً وقوعاً و ايقاعاً، و ليس كذلك. اجيب بان الوقوع لايوصف بالحرمة، لانه ليس فعل المكلف، و لانه حكم شرعي و هو لايوصف بالبدعة، و الايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف، فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية، فلذالك قال سني وقوعاً (و ينتظمه) اي ينتظم الجمع (عند نيته) لانه سني من وجه، فكان من محتمل لفظ السنة، و فيه تشديد على نفسه على ذلك، فصح نيته كما لو قال كل مملوك لي حر لايتناول المكاتب لقصور الملك يدا و لو نواه يصح و يعتق و كذا لو حلف لاياكل لحما لايتناول لحم السمك لقصوره في اللحمية، و لو نواه صح و يحنث بأكله. (و إن كانت آيسة أو من ذوات الاشهر) يعني صغيرة مدخولا بها فقال انت طالق ثلاثاً للسنة (وقعت الساعة) بالنصب على انها ظرف (واحدة) أى طلقة واحدة (و بعد شهر أخرى) اي يقع بعد شهر طلقة أخرى (و بعد شهر اخرى) اي يقع بعد شهر طلقة أخرى (لان الشهر في حقها دليل الحاجة) كما

=> و الاولى اولى لانها إكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية و اقوى صحة الخ. (١) بانت منه بثلاث الخ روى عبدالرزاق في مصنفه باب المطلق ثلثا ص٣٩٣ ج٦ و الدارقطني ص٢٠ ج٤ نحوه. (٢) فان قيل الوقوع الخ كذا في العناية.

كالطهر في حق ذوات الاقراء على مابينا و إن نوى أن يقع(١) الثلاث الساعة وقعن عندنا (٢) لما قلنا بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة و لم ينص على الثلاث حيث لاتصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت، فيفيد تعميم الوقت و من ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلاتصح نية الثلاث

فصل

و يقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلاً بالغاً، و لايقع طلاق الصبي

تقدم و أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) اشارة الى ما ذكر في التعليل قريبا من ورقة بقوله - لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض (و ان نوى أن تقع الثلاث الساعة وقعن عندنا) خلافا لزفر رحمه الله تعالى (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه سني وقوعا (بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة و لم ينص على الثلاث، حيث لاتصح نية الجمع فيه) قيل(٣) هكذا ذكر فخر السلام والصدر الشهيد و صاحب المختلفات و علاء الدين السمرقندي رحمهم الله تعالى (لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت، و من ضرورته تعميم الواقع) أي و من ضرورة تعميم الوقت الذي هو ظرف الوقوع تعميم الواقع (فيه) اي في الوقت لانه جعل الوقت ظرفا للواقع، و قد تكرر الظرف، فيتكرر المظروف (فاذا نوى الجمع، بطل تعميم الوقت) فيبطل تعميم الواقع فيه، لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى (فلا تصح نية الثلاث) بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا، لان الثلاث مذكور صريحا، فتصح نيته. و قال الاترازي بعد قوله - و من ضرورته تعميم الواقع فيه - و لنا فيه نظر، لان تعميم الوقت لايستلزم تعميم الواقع فيه الا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم و لم تكن له نية لاتقع الا طلقة واحدة عندنا، خلافا لزفر، لان الوقت عام كما ترى من لفظ العموم، و لم يلزم منه عموم الواقع انتهى. و دفع نظره بان المراد من تعميم الوقت تعميم وقت السنة لامطلق الوقت، فيلزم من تعميمه تعميم الواقع.

(فصل)

أي هذا فصل، لما ذكر طلاق السنة لانه الاصل، و ذكر مايقابله من طلاق البدعة، شرع في بيان من يقع طلاقه و من لايقع (و يقع طلاق كل زوج اذا كان بالغاً عاقلاً) و هذا بالاجماع (و لايقع طلاق الصبي) و في المغني(٤) اذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه، و هو اكثر الروايات عن

---

(١) يقع - ن - تقع. (٢) عندنا - ن - عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى. (٣) قيل الخ كذا في العناية و الفتح. (٤) المغنى ص٢٥٧ ج٨ و فيه و روى ابوطالب عن احمد لايجوز طلاقه حتى يحتلم و هو قول الشعبي =>

و المجنون و النائم لقوله عليه الصلوة و السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي و المجنون،

احمد، و اختاره ابوبكر و الخرقي و ابن حامد، و زعموا أن ذلك مروي عن سعيد بن المسيب و عطاء و الحسن و الشعبي و اسحاق و روى ابوالحارث عنه اذا عقل الطلاق جاز طلاقه مابين العشر الى اثنتى عشرة. و في الجامع اذا كان الصبي مجبوباً و فرق بينهما بالجب، يكون طلاقاً على المذهب، و ان لم يقع طلاق الصبي و منهم من جعله فسخاً (و المجنون) من جن(١) الرجل و اجنه الله فهو مجنون، و لاتقل مجن، و قيل الفاصل(٢) بين المجنون و المعتوه و العاقل ان العاقل من يستقيم كلامه و افعاله، و المجنون ضده، و المعتوه من يكون ذلك منه على السواء، و قيل المجنون من يفعل ما يفعله المجانين احياناً لا عن قصد، و العاقل من يفعل ما يفعله المجانين احياناً لا عن قصد، على ظن الصلاح، و المعتوه يفعل ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد. و في الصحاح المعتوه الناقص العقل. و في الذخيرة من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، الا انه لايضرب و لايشتم كما يفعله المجنون (و النائم) و في الذخيرة و طلاق النائم غير واقع و لاموقوف و ان اجاز بعدما انتبه و لو قال النائم اوقعت ما تلفظت به في النوم لايقع. و في المحيط ان اجازه بعد بان قال اجزت الطلاق يقع (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (كل طلاق جائز الا طلاق الصبي و المجنون) هذا حديث

=> و الزهري و مالك و حماد والثوري و ابي عبيد و ذكر ابوعبيد انه قول اهل العراق و اهل الحجاز و روي نحو ذالك عن ابن عباس رضي الله عنه لقول النبي صلي الله عليه وسلم رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم الخ و راجع لتحقيق هذه المسائل اعلاء السنن ص١٨١ ج١١ و عمدة القاري باب الطلاق في الاغلاق و الكره الخ ص٢٥٠ ج٢٠ و بعده و فتح الباري الباب المذكور ص٤٨٥ ج٩ و تكملة شرح المهذب في اوائل كتاب الطلاق ص٥٦ ج١٧ و الاوجز ص٤٢٩ ج٤ و فتح القدير ص٣٤٣ ج٣. (١) جن و في لسان العرب جن الرجل جنونا و اجنه الله فهو مجنون و لاتقل مجن انتهى و كذا في الصحاح قوله جن الرجل بصيغة المجهول و قوله مجن بصيغة اسم المفعول من باب الافعال. (٢) و قيل الفاصل الخ و في فتح القدير ص٣٤٣ ج٣ و المعتوه كالمجنون قيل هو قليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لايضرب و لايشتم بخلاف المجنون و قيل العاقل من يستقيم كلامه و افعاله الا نادرا و المجنون ضده و المعتوه من يكون ذالك منه على السواء و هذا يؤدى الى ان لايحكم بالعته على احد و الاول اولى و ما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه و قيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد و المجنون بلاقصد و العاقل خلافهما و قد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح احيانا و المبرسم و المغمى عليه والمدهوش كذالك انتهى و في البحر ص٢٦٨ ج٣ و اراد بالمجنون من في عقله اختلال فيدخل المعتوه و احسن القوال في الفرق بينهما ان المعتوه هو قليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لايضرب و لايشتم بخلاف المجنون و يدخل المبرسم و المغمى عليه و المدهوش و في الصحاح البرسام داء معروف و في =>

و لان الاهلية بالعقل المميز و هما عديم(١) العقل، و النائم عديم الاختيار.

غريب(٢) و ذكره المصنف ايضا، في الحجر لكن بلفظ المعتوه عوض المجنون، و اخرج الترمذي(٣) عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه المغلوب على عقله، و قال هذا حديث لانعرفه مرفوعاً الا من حديث عطاء، و هو ضعيف ذاهب الحديث و روى ابن ابي شيبة(٤) في مصنفه حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن غطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال لايجوز طلاق الصبي و في شرح الطحاوي، و لو أن الصبي و المجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه، و كذا المغمى عليه و المبرسم و المدهوش و النائم و المعتوه، و الذي يشرب الدواء مثل البنج و نحوه فتغير عقله اذا طلق واحد من هؤلاء زوجته لم يقع طلاقه (و لان الاهلية بالعقل المميز و هما) أي الصبي و المجنون (عديم العقل و النائم عديم الاختيار) و شرط التصرف

=> بعض كتب الطب انه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد و المعا ثم يتصل بالدماغ و هو معرب و برسم الرجل بالبناء للمفعول يقال برسام و بلسام و هو مبرسم و مبلسم الخ و في المنجد برسم اعلى وزن (حرج) احدث فيه البرسام يرسم (بصيغة المجهول) اصيب بالبرسام فهو مبرسم (بالبناء للمفعول) البرسام (بكسراء الباء و سكون الراء) التهاب في الحجاب بين الكبد و القلب و في مصباح اللغات باللغة الاردية البرسام ايك هذياني بيماري. انتهى. (١) و هما عديم العقل - ن - و هما عديما العقل. (٢) حديث غريب الخ كذا في نصب الراية ص٢٢١ ج٣. (٣) الترمذي باب ماجاء في طلاق المعتوه ص١٤٢ ج١. (٤) ابن ابي شيبة في مصنفه عنوان ما قالوا في الصبي ص٣٤ ج٥ و عن علي رضي الله عنه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه رواه ابن ابي شيبة ص٣١ ج٥ و رواه عبدالرزاق في مصنفه باب طلاق الكره ص٤٠٩ ج٦ و في البخاري باب الطلاق في الاغلاق و الكره و السكران و المجنون الخ ص٧٩٣ ج٢ و قال علي رضي الله عنه الم تعلم ان القلم رفع عن ثلاث عن المجنون حتى يفيق و عن الصبي حتى يدرك و عن النائم حتى يستيقظ و في عمدة القاري ص٢٥٤ ج٢٠ اي قال علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه الم تعلم يخاطب به عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و ذالك ان عمر رضي الله تعالى عنه اتى بمجنونة قد زنت و هي حبلى فاراد ان يرجمها فقال له الم تعلم الى آخره و ذكره بصيغة جزم لانه حديث ثابت و قال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال رفع القلم الحديث و هذا التعليق رواه ابن حبان في صحيحه مرفوعا عن ابن عباس عن علي رضي الله تعالى عنهما و رواه ابوداود و النسائي عن ابن عباس رضي الله عنه قال مر على علي بن ابي طالب رضي الله عنه بمجنوة و فيه فقال علي او ما تذكر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رفع العلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله و عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم قال صدقت و رواه ابن ماجة عن علي رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال رفع القلم عن الصغير و عن المجنون و عن النائم و راجع نصب الراية ص٢٢٢ ج٣ و فتح القدير ص٣٤٣ ج٣.

و طلاق المكره واقع خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول ان

الشرعي انما هو بالاختيار (و طلاق المكره واقع) و هو قول عمر بن الخطاب(١) و علي بن ابي طالب و عبدالله بن عمر رضي الله عنهم و به قال الشعبي و ابن جبير والنخعي والزهري و سعيد بن المسيب و شريح القاضي و ابوقلابة عبدالله بن زيد الجرمي التابعي الكبير، و قتادة و الثوري (خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) فانه يقول لايقع طلاق المكره، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و يروى عن ابن عباس و ابن عمر و ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم و من التابعين الحسن و عطاء و الضحاك رحمهم الله تعالى (هو) أى الشافعي رحمه الله تعالى (يقول ان

(١) و هو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخ راجع عمدة القاري ص٢٥٠ ج٢٠ و فتح الباري ص٤٨٧ ج٩ و المغنى ص٢٥٩ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٦٥ ج١٧ و اعلاء السنن ص١٨١ ج١١ و الاوجز ص٤٢٩ ج٤ و راجع للاحاديث و الاثار نصب الراية ص٢٢٢ ج٣ و الجوهر النقى على البيهقي باب ماجاء في طلاق المكره ص٣٥٨ ج٧ و عبدالرزاق باب طلاق الكره ص٤٠٦ ج٦ و ابن ابي شيبة باب من لم ير طلاق المكره شيئا ص٤٨ ج٥ و باب من كان يرى طلاق المكره جائزا ص٤٩ ج٥ و روى العقيلي في كتابه باسناده عن صفوان بن عمران الطائي ان رجلا كان نائما فقامت امرأته فاخذت سكينا فجلست على صدره فوضعت السكين على حلقه فقالت لتطلقنى ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم اتى النبي صلى الله علهي وسلم فذكر له ذالك فقال لاقيلولة في الطلاق انتهى كذا في نصب الراية ص٢٢٢ ج٣ و فيه حديث منكر لايتابع عليه و لكن حقق المحدث العثمانى رحمه الله في اعلاء السنن ص١٨٣ ج١١ بالدلائل فقال و بالجملة فالحديث صالح للاحتجاج به الخ و في حاشيته و اخرجه ابن حزم في المحلى في الطلاق و في فتح القدير ص٣٤٤ ج٣ و روى محمد رحمه الله تعالى باسناده عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة و جلست على صدره ثم حركته و قالت لتطلقنى ثلاثا و الا ذبحتك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذالك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق و روى ايضا عن عمر رضي الله تعالى عنه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد النكاح و الطلاق و العتاق و الصدقة و في حاشية نصب الراية ص٢٢٢ ج٣ ذكر صاحب الجوهر النقي في الرد على البيهقي ص٣٥٨ ج٧ و في الاستذكار كان الشعبي والنخعي و الزهري و ابن المسيب و ابوقلابة و شريح في رواية يرون طلاق المكره جائزا و دليل هذا المذهب ما رواه ابوهريرة رضي الله عنه مرفوعا ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة صحح الحاكم اسناده و قال الترمذي حسن غريب و العمل عليه عند اهل العلم من الصحابة وغيرهم و احتج الطحاوي رحمه الله تعالى ص.... ج٢ بقوله عليه الصلوة و السلام لحذيفة و ابيه حين حلفهما المشركون نفى لهم بعهدهم و نستعين الله عليهم. و اخرج ابن حزم رحمه الله تعالى ص٢٠٣ ج١٠ ان امرأة سلت سيفا فوضعته على بطن زوجها و قالت و الله لانفذنك او لطلقني فطلقها ثلاثا فرفع ذالك الى عمر رضي الله فامضى طلاقها انتهى.

الاكراه لايجامع الاختيار و به يعتبر التصرف الشرعي، بخلاف الهازل، لانه مختار في التكلم بالطلاق. و لنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلايعرى عن قضيته دفعاً لحاجته اعتباراً بالطائع، و هذا لانه عرف الشرين و اختار اهونهما و هذا آية القصد و الاختيار الا انه غير راض بحكمه و ذلك غير مخل به كالهازل.

الاكراه لايجامع الاختيار و به) أي و بالاختيار (يعتبر التصرف الشرعي) و لا اعتبار في التصرف الا باختيار (بخلاف الهازل، فانه مختار في التكلم بالطلاق) و استدل الشافعي رحمه الله تعالى أيضا بقوله عليه الصلوة و السلام رفع(١) عن أمتي الخطأ و النسيان (و لنا انه) أي ان المكره (قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته) أي في حال عقله و تمييزه و كونه مخاطبا و بالاكراه لايخرج عن ذلك (فلايعرى عن قضيته) أي عن حكمه، لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته (دفعاً لحاجته) أي لحاجة المكره و حاجته ان يتخلص عما توعد به من القتل او الجرح و نحو ذلك (اعتباراً بالطائع) اذ العلة فيه دفع الحاجة و هو موجود في المكره (و هذا) اشارة الى قوله و الطلاق (لانه عرف الشرين(٢) و اختار أهونهما) أي اهون الشرين (و هذا آية القصد) أي علامة القصد (و الاختيار) و هذا جواب عن قوله الاكراه لايجامع الاختيار (الا انه) أي غير ان المكره (غير راض بحكمه) الضمير يرجع الى ايقاع الطلاق و حكمه وقوع الطلاق و هذا جواب عما يقال(٣) لو كان المكره مختاراً لما كان له اختيار فسخ العقد الذي باشره مكرها من البيع و الشراء والاجارة و غيرها و ليس كذلك. و تقريره انه غير راض بحكمه (و ذلك) اى عدم الرضي بحكم الطلاق (غير مخل) أي بحكمه (كالهازل) فانه يقع طلاقه مع عدم الرضى بوقوعه. و أصحابنا استدلوا أيضا بما روى عن علي(٤) و ابن عباس و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم

---

(١) رفع عن امتي الخطأ و النسيان الحديث تقدم تخريجه و البحث عنه في البناية في اوائل باب مايفسد الصلوة و مايكره فيها ص٤٦٥ ج٢ و نصب الراية ص٦٤ ج٢ و التلخيص الحبير ص٢٨٢ ج١. (٢) الشرين اي وقوع ما اكره به و وقوع الطلاق. (٣) يقال الخ و في العناية ص٣٤٥ ج٣ جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع و الشراء و الاجارة وغيرها و ليس كذلك و وجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود و اما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل و هو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره و الهازل فرق و هو يبطل القياس و ذالك لان المكره له اختيار فاسد للهازل اختيار كامل و الفاسد في خكم العدم فلايلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره و اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب اما في الحكم و هو المقصود من السبب فلااختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين انتهى. (٤) عن علي رضي الله عنه الخ و قد سبق ذكر بعض هذه الآثار عن قريب.

و طلاق السكران واقع.

انهم قالوا كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه و الصبي. و حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه أيضا الذي رواه الترمذي و قد ذكرناه. و الجواب(١) عن الحديث الذي استدل به الشافعي رحمه الله تعالى انه لاحجة له لان التجاوز و العفو عن الطلاق و العتاق لايصح لانه غير مذهب فلم يدخل تحت الحديث (و طلاق السكران(٢) واقع) و كذا يصح اعتاقه و خلعه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى(٣) في المنصوص و الاصح و هو قول الثوري و مالك و احمد في رواية و في المبسوط المنصوص للشافعي جديداً و قديماً وقوع طلاق السكران، و نص في الظهار على قولين، فمنهم من نقل من الظهار قولاً الى الطلاق، و معظم العلماء صاروا الى وقوع طلاق السكران. و في المغني(٤) و هو قول سعيد بن المسيب و مجاهد و عطاء و الحسن البصري و ابراهيم النخعي و الاوزاعي و ميمون بن مهران و الحكم و شريح و سليمان بن يسار و محمد بن سيرين و ابن شبرمة و سليمان بن حرب و ابن عمر و علي و ابن عباس و مغاوية رضي الله تعالى عنهم، و به قال قتادة و حميد و جابر بن زيد و ابن ابى ليلى و عمر بن عبدالعزيز و الحسن بن حميد. و قال ابن حزم رحمه الله تعالى اجاز مالك رحمه الله تعالى جميع تصرفاته الاربعة كقول اصحابنا و

(١) و الجواب الخ و في فتح القدير ص٣٤٤ ج٣ و حديث رفع عن امتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه من باب المقتضى و لا عموم له و لايجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا و احكام الآخرة بل اما حكم الدنيا و اما حكم الآخرة و الاجماع على ان حكم الآخرة و هو المؤاخذة مراد فلايراد الآخر معه و الاعم و قال بعد اسطر و جميع ما يثبت مع الاكراه احكامه عشر تصرفات النكاح و الطلاق و الرجعة و الايلاء و الفئ و الظهار و العتاق و العفو عن القصاص و اليمين و النذر انتهى. (٢) طلاق السكران واقع الخ راجع فتح القدير ص٣٤٥ ج٣ و عمدة القاري ص٢٥١ ج٢٠ و فتح الباري ص٤٨٩ ج٩ و المغنى ص٢٥٥ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٦٢ ج١٧ و اعلاء السنن ص١٨٢ ج١١ و الاوجز ص٤٣١ ج٤ و نصب الراية ص٢٢٤ ج٣. (٣) الشافعي رحمه الله تعالى الخ و في تكملة شرح المهذب ص٦٢ ج١٧ فالمنصوص ان طلاقه (السكران) يقع و حكى المزنى انه قال في القديم في ظهار السكران قولان فمن اصحابنا من قال اذا ثبت هذا كان في طلاقه ايضا قولان احدهما لايقع و الثاني يقع طلاقه و في نصب الراية ص٢٢٤ج٣ اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عنوان من اجاز طلاق السكران ص٣٨ج٥ ان عمر رضي الله تعالى عنه اجاز طلاق السكران بشهادة نسوة و اخرج عن عطاء و مجاهد و الحسن و ابن سيرين و ابن المسيب و عمر بن عبد العزيز و سليمان بن يسار و النخعي و الزهري و الشعبي قالوا يجوز طلاقه و اخرج عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه كان لايجيز طلاق السكران و اخرج عن جابر بن زيد و عكرمة و طاووس كانوا لايجيزونه و اخرج مالك في المؤطا ص٥٢٩ عن سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار قالا اذا طلق السكران جاز طلاقه قال مالك و ذالك الامر عندنا. (٤) المغنى ص٢٥٥ ج٨ ذكر فيه بعض الاسماء المذكورة ههنا.

و اختيار الكرخي و الطحاوي رحمهما الله تعالى انه لايقع و هو احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى لان صحة القصد بالعقل و هو زائل العقل، فصار كزواله بالبنج و الدواء.

روى ابن وهب عنه انه يجوز طلاقه دون نكاحه. و قال صاحب مطرف بن عبدالله لايلزمه شيء من تصرفاته الاربعة، الطلاق و العتق و القتل و القذف. و عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه لايقع طلاقه، و به قال طاووس و القاسم بن محمد و يحيى بن سعيد الانصاري، و ربيعة و عبدالله بن الحسن و الليث بن سعد و اسحاق و ابوثور و المزني و ابوسليمان و ابن شريح و ابوطاهر الزيادي و ابوسهل الصعلوكي و ابنه سهل من الشافعية و زفر بن هذيل و ابوجعفر الطحاوي و ابوالحسن الكرخي و قال عثمان البتي لايلزمه منه عقد و لابيع و لا نكاح و لا حد الا حد الخمر فقط. و قال الليث لايلزمه شيء بقوله، و أما ما عمل بيده من قتل او سرقة أو زنى فانه يقام عليه. و في الذخيرة طلاق السكران واقع اذا سكر من الخمر و النبيذ و لو اكره على الشرب فسكر او شرب للضرورة فذهب عقله يقع طلاقه. و في جوامع الفقه عن ابي حنيفة يقع، و به اخذ شداد و لو ذهب عقله بدواء أو أكل البنج لايقع، و ذكر عبدالعزيز الترمذي انه قال سئل ابوحنيفة و سفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق، قالا ان كان يعلم حين شرب ما هو يقع و الا لايقع. و لو شرب الخمر و لم يوافقه فارتفع و صدع منه فزال عقله وقع طلاقه(١) و لو سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب و العسل لايقع طلاقه عندهما، و عند محمد يقع. و في الينابيع لو سكر بالبنج و الدواء لايقع طلاقه بالاجماع كالنائم بخلاف ما لو ضرب رأسه حتى زال عقله فانه لاينفذ تصرفاته و لايجعل عقله باقياً، و ان كان زواله بمعصية لنذوره و لهذا لايشرع فيه حد. ذكره في المحيط بخلاف زواله بالخمر و نحوه أى فاعتبر عقله باقياً و وجب عليه الفرائض زجراً له (و اختيار الكرخي و الطحاوي رحمهما الله تعالى انه) أى طلاق السكران (لايقع و هو احد قولى الشافعي رحمه الله تعالى لان صحة القصد بالعقل زائل فصار كزواله بالبنج و الدواء) أى كزوال العقل باستعمال البنج و شرب الدواء، فان فيهما لايقع الطلاق بالاتفاق، و كذا اذ اكل الافيون او شرب لبن الرمكة فسكر به، و البنج تعريب - بنك - قال في المغرب(٢) و هو نبت له حب

---

(١) وقع طلاقه كذا في الاصل لكن في فتح القدير ص٣٤٧ ج٣ اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لايقع الخ. (٢) المغرب ص٨٧ و لفظه البنج تعريب فنك و في حاشيته بثلاث نقط فوق الفاء و في ع: فنك، ط: بنك و قوله يسبت من باب التفعيل و كذا يخلط من التفعيل و الذكر بكسر الذال و قال مولنا عبدالحى اللكنوى رحمه الله تعالى في حاشية الهداية ص٣٣٩ ج٢ قوله بالبنج - بنج بالفتح معرب بنك كه بمعنى درخت خراسانى اجوائن ست و اگرچه قياس ميخواهد كه بنج معرب بنگ كه بهندى بهنگ ميگويند باشد مگر چنين نيست در =>

و لنا انه زال بسبب هو معصية، فجعل باقياً حكماً زجراً له، حتى لو شرب فيصدع و زال عقله بالصداع نقول انه لايقع طلاقه و طلاق

يسكر، و قيل يسبت و رقه و قشره و بزره. و في القانون هو سم يخلط العقل و يبطل الذكر و يحدث جنونا و خناقاً (و لنا أنه زال بسبب هو معصية، فجعل) أي عقله (باقيا حكما زجراً له) أي عقوبة عليه. قيل(١) في كلامه تسامح، لانه جعل العقل زائلا بالسكر و ليس كذلك عندنا لانه مخاطب و لا خطاب بلاعقل بل هو مغلوب. و أجيب بان المغلوب كالمعدوم، فلذلك اطلق عليه الزوال. و يقال و لئن سلمنا انه زوال و لكنه حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في اسقاط ما بني على التكليف، بل يجعل باقياً زجراً و تنكيلا. الاترى انه الحق بالصاحي في حق وجوب القصاص و حد القذف حتى لو قتل و قذف في هذه الحالة يجب القصاص و حد القذف، فلان يلحق بالصاحي فيما لايسقط بالشبهة اولى، و اعترض(٢) بوجهين أن شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر و الثاني: انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجراً له كانت الردة و الاقرار بالحدود اولى لان الزجر و العقوبة هناك أتم. و أجيب عن الاول(٣) بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال و لا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف و عن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد، و السكران غير معتقد لمايقول فلانحكم بردته، لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب، و أما الاقرار بالحدود فان السكران لايثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به، فيؤثر فيما يحتمل الرجوع (حتى لو شرب فصدع و زال عقله بالصداع، نقول انه لايقع طلاقه) لان حكمه يصير كحكم الاغماء (و طلاق

=> استعمال اطبا بنج اجوائن خراساني است و اين بنگ را كه بعض مردم بآب سائده مي نوشند اطبا و فقها قنب ميگويند نه بنج. از رساله معرب باب صاحب رشيدي. غياث. (١) قيل الخ كذا في العناية ص٣٤٦ ج٣. (٢) و اعترض الخ كذا في العناية. (٣) و اجيب عن الاول الخ و لفظ العناية اوضح و اكمل حيث قال و اجيب عن الاول باب الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال و لا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية و امكن انفصالها عنه ابتداء و انتهاء فكانت جهة اباحته تصلح لاضافة التخفيف و الترخص اليها و عن الثانى بان الركن في الردة الاعتقاد و السكران غير معتقد لما يقول فلايحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب و اما الاقرار بالحدود فان السكران لايكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به فيوثر فيما يحتمل الرجوع و في قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب و سفر المعصية كما ذكرنا و الثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا و اما غير غيره فهو ان يكون من مباح كالبنج و لبن الرماك و الخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو =>

الأخرس(١) واقع بالاشارة، لانها صارت معهودة(٢) فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة، و ستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى و طلاق الأمة ثنتان، حراً كان زوجها او عبداً. و طلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً. و قال الشافعي رحمه الله تعالى عدد الطلاق معتبر بحال الرجال

الاخرس واقع بالاشارة) إن كانت له اشارة تعرف في نكاحه و طلاقه و عتاقه و بيعه و شرائه يقع استحسانا، سواء قدر على الكتابة ام لا. و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لانه يحتاج الى ما يحتاج اليه الناطق. و لو لم يجعل اشارته كعبارة الناطق لادى الحرج(٣) و هو مدفوع شرعاً. و قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط(٤) و إن كان الاخرس لايكتب و كانت له اشارة في الاشياء التي ذكرناها فهو جائز استحسانا. و في القياس لايقع شيء من ذلك باشارته لانه لايستبين من اشارة الاخرس حروف منظومة، فبقي مجرد قصده الايقاع، و بهذا لايقع شيئ و ان لم يكن له اشارة معلومة يعرف ذلك منه او يشك فيه فهو باطل، لعدم الوقوف على مراده. و في الينابيع هذا اذا ولد اخرس او طرأ عليه و دام، و ان لم يدم لم يقع طلاقه. و قال قتادة يطلق ولي الاخرس و مثله عن الحسن البصري. (لانها) أي لان اشارة الاخرس (صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة) أي لاجل دفع حاجته (و ستأتيك وجوهه) أي وجوه طلاق الاخرس (في آخر الكتاب) أي في آخر كتاب الهداية لا في آخر كتاب الطلاق (و طلاق الامة ثنتان)(٥) انث الطلاق باعتبار التطليقة (حراً كان زوجها او عبداً و طلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها او عبداً) و هو قول علي بن ابى طالب و عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما رواه ابن حزم في المحلي، فقال و لايثبت ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى عدد الطلاق معتبر بحال الرجال) و به قال مالك في المؤطا(٦) و عند اصحابنا

=> كاغماء في حق منع وقوع الطلاق و العتاق و اكد ذالك بقوله (حتى لو شرب فصدع و زال عقله بالصداع الخ.

(١) و طلاق الاخرس الخ راجع عمدة القاري باب الاشارة في الطلاق ص٢٨٤ ج٢٠ و فتح الباري ص٥٤٧ ج٩.

(٢) معهودة - ن - مفهومة. (٣) لادى الحرج و في فتح القدير ص٣٤٨ ج٣ فانه لو لم يعتبر منه ذالك (الاشارة) ادى الى موته جوعا و عطشا و عريا ثم رأينا ان الشرع اعتبرها منه في العبادات الاترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة و التكبير كان صحيحاً معتبرا فكذا في المعاملات الخ. (٤) المبسوط باب طلاق الاخرس ص١٤٤ ج٦. (٥) طلاق الامة ثنتان الخ راجع لتحقيق هذه المسئلة فتح القدير ص٣٤٨ ج٣ و اعلاء السنن باب طلاق الامة ثنتان ص١٨٧ ج١١ و المغنى ص٤٤٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٦٩ ج١٧ و مابعده. (٦) المؤطا عنوان عدة الامة من طلاق زوجها ص٥٢٦ و في فتح القدير ص٣٤٨ ج٣ و بقول الشافعي قال مالك و احمد =>

لقوله عليه الصلوة و السلام الطلاق بالرجال و العدة بالنساء، و لان صفة المالكية كرامة و الآدمية مستدعية لها، و معنى الآدمية في الحر أكمل، فكانت مالكيته أبلغ و أكثر.

عدد الطلاق معتبرة بالنساء و كذا العدة، و به قال سفيان و احمد و اسحاق. و ثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد، أو في أمة تحت حر، و لا خلاف في حرة تحت حر او أمة تحت عبد، و قال السروجي قال داود و همام و قتادة و مجاهد و الحسن البصري و ابن سيرين و عكرمة و نافع و عبيدة السليماني و مسروق و حماد بن ابى سليمان و الحسن بن حى و الثوري و النخعي و الشعبي يطلق العبد الحرة ثلاثاً و تعتد بثلاث حيض، و يطلق الحر الامة ثنتين و تعتد بحيضتين. و عند الائمة الثلاثة مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى يطلق الحر الأمة ثلاثا و تعتد بحيضتين، و يطلق العبد الحرة ثنتين و تعتد بثلاث حيض، حرر ذلك الرافعي و صاحب الانوار و ابن حزم عنهم (لقوله عليه الصلوة و السلام) أى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الطلاق بالرجال و العدة بالنساء) هذا(١) الحديث غريب مرفوعاً، و رواه ابن ابى شيبة(٢) في مصنفه موقوفاً على ابن عباس رضي الله تعالى عنه، و رواه الطبراني في معجمه موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه و رواه عبدالرزاق(٣) في مصنفه موقوفاً على عثمان و زيد بن ثابت و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم. وجه الاستدلال(٤) به انه عليه الصلوة و السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة، ثم اعتبار العدة(٥) بالنساء من حيث القدر، فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة. و أشار المصنف الى تعليله بقوله (و لان صفة المالكية) أى كون الشخص مالكاً (كرامة، والآدمية مستدعية لها) أى الكرامة بتكريم الله تعالى و لقد كرمنا بني آدم (و معنى(٦) الآدمية في الحر أكمل) فان العبد يشتمل على جهة الآدمية و المالية، و لهذا يباع في الاسواق كما تباع الدواب و الثياب، و تجب القيمة في قتله، كما في البهيمة (فكانت مالكيته أبلغ و اكثر) و قال الاكمل فان قلت الدليل أخص من المدعى اذ المدعي أن الطلاق بالزوج حراً كان او عبداً، و الدليل يدل على أن

=> و هو قول عمر و عثمان و زيد بن ثابت رضي الله عنهم و بقولنا قال الثوري و هو مذهب علي و ابن مسعود رضي الله عنهم. (١) هذا الحديث غريب كذا في نصب الراية ص٢٢٥ ج٣. (٢) ابن ابي شيبة من قال الطلاق بالرجال و العدة بالنساء ص٨٣ ج٥ و اخرج البيهقي الآثار كلها ص٣٧٠ ج٧. (٣) عبدالرزاق باب طلاق الحرة ص٢٣٤ ج٧. (٤) وجه الاستدلال الخ كذا في الشروح الثلاثة للهداية. (٥) ثم اعتبار العدة بالنساء اي بالاجماع كما في الكفاية. (٦) و معنى الآدمية الخ و في العناية ص٣٤٨ ج٣ و معنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لايصلح له العبد من الولاية و في قرن البهائم مازوزا انتهى.

و لنا قوله عليه الصلوة و السلام طلاق الأمة ثنتان و عدتها حيضتان

الزوج اذا كان حراً كان مالكاً. قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام طلاق الامة ثنتان و عدتها حيضتان) و هذا الحديث(١) روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها، أخرجه الترمذي(٢) و ابن ماجة. و قال ابوداود بعد أن أخرجه هذا الحديث مجهول و قال الترمذي حديث غريب لانعرفه مرفوعاً الا من حديث مظاهر بن اسلم لايعرف له في العلم غير هذا الحديث. و نقل الذهبي(٣) في ميزانه تضعيف مظاهر عن ابي عاصم النبيل و يحيى بن معين و ابي حاتم الرازي و البخاري. و نقل توثيقه عن ابن حبان. قلت التوثيق أقوى لان الاصل في الراوي العدالة. و اخرج ابن ماجة(٤) هذا الحديث عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه مرفوعاً نحوه سواء، و رواه البزار في مسنده و الطبراني في معجمه و الدارقطني(٥) في سننه. و قال الدارقطني تفرد به عمر بن شبيب و هو ضعيف لايحتج بروايته و الصحيح ما رواه نافع و سالم عن ابن عمر من قوله و اخرج الحاكم(٦) هذا من حديث ابن عباس رضي الله عنه و قال الحديث صحيح و لم يخرجاه. و قال ذلك بعد ان خرج حديث عائشة رضي الله تعالى عنها و قال مظاهر بن اسلم شيخ من البصرة و لم يذكره احد من متقدمي مشايخنا. وجه الاستدلال(٧) بهذا انه عليه الصلوة و السلام ذكر الامة بلام التعريف و لم يكن ثمة معهود،

(١) هذا الحديث الخ و قال الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٢٢٦ ج٣ روى (الحديث المذكور) عن عائشة و ابن عمر و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم ثم نقل احاديثهم بالبسط والتحقيق كما هو دابه. (٢) الترمذي باب ما جاء ان طلاق الامة تطليقتان ص١٤١ ج١ و ابودادو باب في سنة طلاق العبد ص٣٠٤ ج١ و ابن ماجة باب في طلاق الامة و عدتها ص١٥٢. (٣) و نقل الذهبي الخ و في نصب الراية ص٢٢٦ ج٣ و رواه الحاكم في المستدرك (ص٢٠٥ ج٢ كتاب الطلاق) اعنى حديث عائشة رضي الله تعالى عنها بسند السنن و متنه و صححه و في حاشية الزيلعي ص٢٢٦ ج٣ و صححه الذهبي و قال الحاكم مظاهر بن اسلم شيخ من اهل البصرة لم يذكره احد من متقدمي مشائخنا بجرح فاذاً الحديث صحيح انتهى و كذا في نصب الراية ص٢٢٧ ج٣. (٤) ابن ماجة ص١٥١ قوله و رواه البزار الخ كذا في نصب الراية. (٥) الدارقطني ص٣٨ ج٤. (٦) الحاكم في المستدرك باب طلاق الامة تطليقتان الخ ص٢٠٥ ج٢ و عند ابي داود باب في سنة طلاق العبد ص٣٠٤ ج١ و عند النسائي باب طلاق العبد ص١٠٣ ج٢ كذا في هامش نصب الراية ص٢٢٧ ج٣. (٧) وجه الاستدلال الخ كذا في العناية و في فتح القدير ص٣٤٩ ج٣ قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان و عدتها حيضتان رواه ابوداود و الترمذي و ابن ماجة و الدارقطني عن عائشة رضي الله تعالى عنها ترفعه و هو الراجح الثابت بخلاف ما رواه و ما مهد من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث او حسنه و لا وجد له حديث عن رسول الله صلى =>

و لان حل المحلية نعمة في حقها و للرق أثر في تنصيف النعم،

فكان للجنس، و هو يقتضى أن يكون طلاق هذا الجنس اثنتين، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان و لم تبق اللام للجنس. فان قيل(١) يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت العبد عملا بالحديثين. أجيب بأنه يقتضى أن تكون الهاء في عدتها عائداً لها، فيكون تخصيصاً لها بكون عدتها حيضتين، اذ لا مرجع للضمير سواها، و ليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق، و فيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام، و يكون المراد بالامة الامة تحت عبد، والضمير عائد الى مطلق الامة. و الجواب ان ذلك خطابية(٢) لايجرى في مقام الاستدلال (و لان حل المحلية) اي لاجل أن تكون المرأة محلا للنكاح (نعمة في حقها) أى في حق المرأة، لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة و السكنى و الازدواج و تحصين الفرج وغيرها (و للرق أثر في تنصيف النعم) فيكون للحر أزيد منه للعبد و لايملك العبد من التزوج أكثر من اثنتين، فكذا في حق النساء، فانها لاتتزوج مع الحرة و لابعد هذا و كان يقال لما كان حل المحلية نعمة في حق الحرة وجب تنصيفه في حق الامة بتطليقة و نصف، فاجاب بقوله

=> الله عليه وسلم بطريق يعرف و قال الحافظ ابوالفرج ابن الجوزي رحمه الله تعالى موقوف على ابن عباس رضي الله عنه و قيل من كلام زيد بن ثابت رضي الله عنه و حديث المؤطا موقوف عليه و علي عثمان رضي الله عنه و هو لايرى تقليد الصحابي و الالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بما لايعتقده الملزم صحيحا و لايكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل و هذا لايكون الا اذا كان ما نقض به مما يعتقده صحيحا و هو منتف عنده في مذهب الصحابي فهو في مذهبه و في معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما روينا فان قلت قد ضعف ايضا ما رويتم بانه من رواية مظاهر و لم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا اولا تضعيف ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم و ثانيا بان ذالك التضعيف ضعيف فان ابن عدى اخرج له حديثا آخر عن المقبرى عن ابي هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران و كذا رواه الطبراني (في الاوسط و العقيلي في كتابه كذا في نصب الراية ص٢٢٦ ج٣) ثم منهم من ضعفه عن ابي عاصم النبيل فقط و منهم من نقل عن ابن معين و ابي حاتم و البخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان و اخرج الحاكم حديثه هذا عن القاسم عن ابن عباس رضي الله عنه قال و مظاهر شيخ من اهل البصرة و لم يذكره احد من متقدمي مشائخنا بجرح فاذاً ان لم يكن صحيحا كان حسنا و مما يصحح الحديث ايضا عمل العلماء على وفقه و قال الترمذي عقيب روايته حديث غريب و العمل عليه عند اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم و غيرهم و في الدارقطني قال القاسم و سالم عمل به المسلمون و قال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغنى عن صحة سنده انتهى. (١) فان قيل يجوز الخ كذا في العناية. (٢) ذالك خطابية الخ و في العناية ذالك خطابة لاتجدى في مقام الاستدلال.

الا ان العقدَة لاتتجزأ فتكامل(١) عقدتان و تاويل ما روي أن الايقاع بالرجال. و اذا تزوج العبد امرأة باذن مولاه و طلقها وقع طلاقه، و لايقع طلاق مولاه على امراته، لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى.

(الا ان العقدة) اي التطليقة (لاتتجزأ) أى لايمكن تجزئتها (فتكامل عقدتان) اي تطليقتان (و تاويل ما روى) اي الشافعي رحمه الله تعالى (ان الايقاع بالرجال) يعني قوله الطلاق بالرجال اي ايقاع الطلاق بالرجال، فان قيل(٢) هذا معلوم فلايحتاج الى ذكره، اجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت، و كان ذلك طلاقاً منها، فرفع ذلك بقوله الصلوة والسلام الطلاق بالرجال (و اذا تزوج العبد امرأة ثم طلقها وقع طلاقه، و لايقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى)(٣) لان ملك النكاح من خواص الآدمية و العبد مبقى فيها على اصل الحرية، فكان يجب أن يملك النكاح بدون اذن مولاه، لكن لوقلنا به لتضرر المولى فتركنا لاجله.

---

(١) فتكامل - ن - فتكاملت. (٢) فان قيل هذا الخ كذا في العناية. (٣) دون المولى الخ و في فتح القدير ص٠ ٣٥ ج٣ و في سنن ابن ماجة باب طلاق العبد ص١٥٢ عن ابن عباس رضي الله عنه جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يارسول الله سيدى زوجنى امته و هو يريد ان يفرق بيني و بينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا ايها الناس ما بال احدكم يزوج عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق وَ رواه الدارقطني ايضا.

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح و كناية. فالصريح قوله أنت طالق و مطلقة و طلقتك، فهذا يقع به الطلاق الرجعي، لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق و لاتستعمل في غيره، فكان صريحاً الرجعة بالنص، و لايفتقر الى النية. لانه صريح فيه، لغلبة الاستعمال. و كذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه، و لو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء

(باب ايقاع الطلاق)

أي هذا باب في بيان ايقاع الطلاق. و لما ذكر أصل الطلاق و وصفه شرع في بيان تنوعه من حيث الايقاع على ما يجئ بيانه مفصلا ان شاء الله تعالى. (الطلاق) أى التطليق (على ضربين صريح) أي احدهما صريح و هو ما ظهر المراد به ظهوراً بينا، بحيث يسبق الى فهم السامع مراده (و كناية) أى و الثاني كناية و هي مالايظهر المراد منه الا بقرينة. ثم الطلاق(١) لايقع بمجرد العزم و النية عند ائمة العرب و اصحابهم و قال الزهري يقع بمجرد العزم و النية (فالصريح قوله) اي قول الرجل لامرأته (أنت طالق و مطلقة و طلقتك، فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق و لا تستعمل في غيره فكان صريحاً و انه يعقب الرجعة بالنص) و هو قوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن في ذلك سماه بعلا فدل على ان الطلاق الرجعي لايبطل الزوجية. فان قلت(٢) لفظ الرد يدل على زوال ملكه. قلت أطلق اسم الرد بعد انعقاد سبب زوال الملك، فيكون رد السبب من إثبات زوال الملك، و يكون فسخاً للسبب، و يطلق الرد على الفسخ كما يقال رده بالعيب و انه فسخ (و لايفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال) اي على الطلاق و لا دلالة على البينونة، و هذا باجماع الفقهاء. و قال داود يفتقر الصريح الى النية لاحتمال غير الطلاق. قلت هذا الاحتمال مرجوح، فلايعتبر نفي الاستعمال في الطلاق و النية في تعيين المبهم و لا ابهام فيها (و كذا) أى و كذا يكون معقباً للرجعة (إذا نوى الابانة) بلفظ الصريح (لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه) كالوارث اذا قتل مورثه يحرم الميراث، لانه قصد تعجيل ما أخره الشرع (و لو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو و كسرها لغتان، و الافصح الفتح، يعني و لو نوى الطلاق عن قيد (لم يدين في القضاء) يعني لم

---

(١) ثم الطلاق لايقع الخ و في المغني ص٢٦٣ ج٨ باب تصريح الطلاق وغيره و جملة ذلك ان الطلاق لايقع الا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة اهل العلم ..... و قال الزهري اذا عزم على ذلك طلقت الخ. (٢) فان قلت الخ كذا في العناية و الكفاية.

لانه خلاف الظاهر و يدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمله(١) و لو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء، و لا فيما بينه و بين الله تعالى، لان الطلاق لرفع القيد و هو غير مقيد(٢) بالعمل. و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه يدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص. و لو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لايكون طلاقاً الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً

يصدق قضاء. و في المغرب قولهم يدين أى يصدق (لانه خلاف الظاهر) اي لان نية الطلاق عن وثاق خلاف الظاهر فلايصدق قضاء (و يدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه) أى لان كلامه (يحتمله) و الله مطلع على نيته (و لو نوى به) بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء و لا فيما بينه و بين الله تعالى، لان الطلاق لرفع القيد، و هو غير مقيد بالعمل) بالتذكير. قال الاكمل و هو قيل اي المرأة بتاويل الشخص او الذات، و ليس بشيء بل الضمير يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق و هو النكاح. و قال الاترازي و هو غير مقيد بالعمل بالنكاح فلايصح بنية الطلاق عن العمل أصلا، لاقضاء و لاديانة. و المعنى ان الزوج غير مقيد المرأة بالعمل فلاتصح نية الطلاق عن العمل اصلا (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يدين فيما بينه و بين الله تعالى) هذه رواية رواها الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى (لانه) أى لان الطلاق يستعمل للتخليص) فكان معناه أنت مخلصة عن العمل، و هذا اذا لم يصرح بذكره. أما اذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة و قضاء رواية واحدة (و لو قال أنت مطلقة(٣) بتسكين الطاء لايكون طلاقاً الا بالنية، لانها غير مستعملة فيه(٤) عرفا، فلم يكن صريحا) اذا لم يكن صريحاً كان كناية لعدم الواسطة، و الكناية تحتاج الى النية. و لو قال انت طالق من هذا القيد لم تطلق لانه لم يرد به قيد النكاح. و لو قال أنت طالق ثلاثاً من هذا القيد طلقت ثلاثاً و لايصدق في القضاء في ترك الطلاق لانه لايتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات، و انما يرتفع ثلاث مرات قيد النكاح. و في الذخيرة لو قال أنت طالق من قيد اوغل او عمل ذكر هذه المسألة في موضعين(٥) فاجاب في احدهما ان لايقع في القضاء و اجاب في الاخرى انه يقع

---

(١) لانه يحتمله – ن – لانه نوى ما يحتمله. (٢) و هو غير مقيد – ن – و هي غير مقيدة. (٣) و لو قال انت مطلقة بتسكين الطاء الخ راجع للفروع الكثيرة الفتاوى الهندية ص٣٥٤ ج١. (٤) غير مستعملة فيه، اي في الطلاق بالمعنى الشرعى عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية فتح القدير. (٥) ذكر هذه المسألة الخ و في الفتاوى الهندية ص٣٥٤ ج١ ذكر هذه المسئلة في المنتقى في موضعين و اجاب في احد الموضعين الخ.

قال و لايقع به الا واحدة و ان نوى أكثر من ذلك و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقع ما نوى لانه محتمل لفظه، فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم، و لهذا يصح قران العدد به فيكون نصباً على التفسير(١). و لنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان، و للثلاث طوالق فلايحتمل العدد، لانه ضده و ذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق

في القضاء. و روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لو قال انت طالق من هذا القيد او من هذا العمل لم تطلق، و ان قال ثلاثاً تطلق ثلاثاً كما تقدم (قال و لا يقع به الا واحدة) هذا من كلام القدوري رحمه الله تعالى متصل بقوله - فهذا يقع به الطلاق الرجعي - اي لايقع بكل واحد من الالفاظ الثلاث المذكورة الا واحدة (و ان نوى اكثر من ذلك) كلمة ان واصلة بما قبله و، هذا قول الحسن البصري و عمرو بن دينار و الاوزاعي و الثوري و ابي سليمان و ابي ثور (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقع ما نوى) من ثنتين او ثلاث، و به قال مالك و الليث و زفر و احمد رحمهم الله تعالى في رواية و هو مذهب الظاهرية، و هو قول ابي حنيفة الاول، و لم يرتضه و رجع عنه، ذكره في المبسوط.. و في البدائع و هو غير ظاهر الرواية لانه محتمل لفظه (فان ذكر الطالق) يعني لفظ الطالق (ذكر للطلاق لغة) لكون لفظ الطالق نعته و هو لايتحقق بدون المشتق منه (كذكر العالم ذكر للعلم) لان ذكر النعت يقتضي وصفاً ثابتاً بالموصوف لغة، فان ذكر العالم ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف (و لهذا) اي و لكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به) اي بقوله انت طالق (فيكون) اي العدد (نصبا على التمييز) و التمييز من محتملات اللفظ لما صح التمييز (و لنا انه) أي قوله انت طالق (نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان و للثلاث طوالق، فلايحتمل العدد) أي النعت الفرد لايحتمل العدد (لانه ضده) اي لان النعت الفرد ضد العدد و الضد لايحتمل الضد، (و ذكر الطالق) جواب عن قوله - فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة - و تقريره بأن ذكر الطالق (ذكر لطلاق هو صفة للمرأة) لانه نعت من الثلاثي، و هو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة (لا لطلاق) يعني ليس بصفة لطلاق (هو تطليق) يعني الطلاق الذي هو بمعنى التطليق، كسلام(٢) بمعنى التسليم، و محل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه

---

(١) التفسير - ن - التمييز. (٢) كسلام الخ كذا في العناية و الاوضح منه في الكفاية و لفظه و حاصله ان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا لموصوف لغة كذا العالم هو ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف و كذلك في قولنا جالس و قائم و اذا كان كذلك فنية العدد انما تعمل في الطلاق الذي هو فعل الرجل اذا كان محتملا لنية العدد فلما كان هذا نعتا للمرأة و لم يكن الطلاق ثابتا بها قبل هذا كان نعته اياها بذلك كذبا محضا في مخرجه =>

و العدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف، معناه طلاقاً ثلاثاً، كقولك(١) أعطيته جزيلاً أي اعطاء جزيلاً و لو قال أنت الطلاق، أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً، فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية، و إن نوى ثلاثاً فثلاث. و وقوع الطلاق باللفظة الثانية و الثالثة ظاهر، لانه لو ذكر النعت وحده

وصف ضروري تتصف به المرأة ليس بفعل الزوج، لكنه يقتضى الثاني تصحيحاً له، فكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام مقتضى، و لا عموم له (و العدد الذي يقترن) جواب عن قوله - و لهذا يصح قران العدد به - تقريره ان العدد الذي يقرن (به) اي بقوله انت طالق (نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً) يعني انت طالق طلاقاً ثلاثاً، فلايدل على وقوع الثلاث الا المصدر المحذوف، الموصوف بالثلاثة لا قوله انت طالق، ثم مثل لوقوع المصدر المحذوف المنعوت بقوله (كقوله) أي كقول القائل (أعطيته جزيلاً أي اعطاء جزيلاً) فالذي دل على هذا، كثرة العطاء هو المصدر المحذوف المنعوت، لا قوله أعطيته لانه لايدل الا على مجرد الاعطاء فافهم (و لو قال أنت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقاً فان لم تكن له نية او نوى واحدة) أي او نوى بواحد من هذه الالفاظ الثلاث طلقة واحدة (او ثنتين) اي او نوى طلقتين (فهي) اي الطلقة بهذه الالفاظ طلقة (واحدة رجعية) فوقع الطلاق بهذه الالفاظ ظاهراً لانها صريحة في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه (و ان نوى ثلاثاً) اي ثلاث طلقات (فثلاث و وقوع الطلاق باللفظة الثانية) و هو قوله أنت طالق الطلاق (و الثالثة) اي وقوع الطلاق باللفظة الثالثة، و هو قوله أنت طالق طلاقاً (ظاهر) بالرفع خبر لقوله و وقوع الطلاق (لانه) أى لان الرجل (لو ذكر النعت) أى الصفة (وحده

=> لغة كما اذا قلت لرجل قائم انه جالس او على العكس لكن اثبت طلاق بها شرعا لا لغة قبيل قوله انت طالق لضرورة تصحيح وصف الواصف به و ذلك ثابت اقتضاء و لا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح الكلام لما ان الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب ثبوت الضرورة لاماورائه و الضرورة تندفع بالواحدة فلما لم يثبت فيما ورائه لا لغة و لا شرعا كانت نية الثلاث او الثنتين مصادفة للعدم فلايثبت الا بمجرد النية و لايقع بالنية شيء اذا لم يكن اللفظ محتملا لها و كذلك قوله طلقتك او انت مطلقة فلاوجه لتصحيحه الا ان يجعل الطلاق ثابتاً قبل اخباره بهذا لضرورة تصحح اخباره فكانه هذا ثابتا شرعاً ايضا بطريق الاقتضاء فلايعمل نية الثنتين او الثلاث لما قلنا بخلاف قوله طلقي لان الثبوت التطليق هناك ليس على طريق الاقتضاء لانه لاضرورة لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة لانه للطلب لا للاخبار فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه في الاخبار انتهى. (١) كقولك - ن - كقوله.

يقع به الطلاق، فاذا ذكره و ذكر المصدر معه و انه يزيده وكادة أولى و اما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر (١) و يراد به الاسم، يقال رجل عدل أى عادل، فصار بمنزلة قوله أنت طالق، و على هذا لو قال أنت طلاق يقع الطلاق به(٢) أيضا، و لايحتاج فيه الى النية، و يكون رجعياً لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه و تصح نية الثلاث، لان المصدر يحتمل العموم و الكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الجناس، فيتناول الأدنى مع احتمال الكل و لاتصح نية الثنتين فيها، خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو يقول أن الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث، صحت نية بعضها ضرورة، و نحن نقول

يقع به الطلاق فاذا ذكره) أى فاذا ذكر النعت (و ذكر المصدر معه) اي مع النعت (و انه) اي و الحال ان ذكر المصدر مع النعت (يزيده وكادة) اي يزيد المصدر وكادة، اي تاكيدا كقولك قمت قياماً و قعدت قعوداً و قوله (أولى) جواب اذا (و اما وقوعه باللفظة الاولى) و هو قوله أنت الطلاق (فلان المصدر يذكر و يراد به الاسم، يقال رجل عدل، أى عادل) للمبالغة (فصار) اي قوله انت الطلاق بمنزلة قوله أنت طالق (و على هذا لو قال انت طلاق، يقع الطلاق به ايضا) يانه بمعنى طالق، و الخلاف في قوله أنت الطلاق صريح او كناية، فعندنا و مالك و الشافعي في قول صريح و قال الشافعي انها كناية، و به اخذ القفال فان قلت(٣) أنت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية الثلاث، كما لايصح في انت طالق، قلت اجيب بان نية الثلاث انما لايصح في طالق، لانه نعت فرد كما تقدم، و اما الطلاق فهو مصدر في اصله، و ان وصف به يلمح فيه جانب المصدرية، و صحت فيه نية الثلاث. و قال الطحاوي في مختصره فلو قال انت طلاق لم يكن اكثر من واحدة و ان نوى اكثر منها، و فرق بينه و بين انت الطلاق للتعريف، و ليس ذلك بمشهور بين اصحابنا (و لايحتاج فيه الى النية، و يكون رجعياً لما بينا، انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه و تصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم و الكثرة لانه اسم جنس) يتناول القليل و الكثير (فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى) و هو الواحد (مع احتمال الكل و لاتصح نية الثنتين فيها خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) فانه يقول يصح نية الثنتين (هو) اي زفر رحمه الله تعالى (يقول ان الثنتين بعض الثلاث، فلما صحت نية الثلاث) بالاجماع (صحت نية بعضها ضرورة) لان المصدر يحتمل الواحد و الاثنتين، و لهذا يصح ان يوصف به، فتصح النية، لانه يحتمل لفظه. و بقول زفر قال مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى (و نحن نقول) يعني في

---

(١) يذكر – ن – قد يذكر. (٢) الطلاق به – ن – به الطلاق. (٣) فان قلت – الخ كذا في العناية.

نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً حتى لوكانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية، أما الثنتان في حق الحرة عدد، و اللفظ لايحتمل العدد، و هذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان و ذلك بالفردية او الجنسية، و المثنى بمعزل منهما. و لو قال أنت طالق الطلاق، و قال أردت بقولي طالق واحدة و بقولي الطلاق أخرى يصدق، لان كل واحدة منهما صالح للايقاع، فكانه قال أنت طالق و طالق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولا بها،

جواب زفر (نية الثلاث انما صحت لكونها جنساً) اي لكون الثلاث جنساً للطلاق من حيث العددية (حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية) في حقها لان ذلك جنس طلاقها (اما الثنتان في حق الحرة عدد) اي عدد محض لا واحد حقيقة، و لا واحد اعتباراً (و اللفظ) اي لفظ الاثنين (لايحتمل العدد) لعدم صدق حد العدد عليه (و هذا) اي كون اللفظ لايحتمل العدد (لان معني التوحد مراعي في الفاظ الوحدان) بضم الواو جمع واحد قال الجوهري(١) الواحد اصل العدد و الجمع وحدان مثل شاب و شبان، و مراعاة التوحد اما باعتبار الذات كزيد و اما باعتبار النوع كرجل، و اما باعتبار الجنس كالحيوان، و لاتنوع في لفظ الطلاق. فلابد من مراعاة التوحد فيه (و ذلك) اي مراعاة التوحد يكون باحد الامرين اما (بالفردية) بطريق الحقيقة او بطريق الاعتبار، و اشار اليه بقوله (او الجنسية) و هو بطريق الاعتبار كما قلنا ان صحة النية في الثلاث بقوله أنت طالق باعتبار ان الثلاث جنس طلاقها و هو واحد اعتباراً عند تعدد الاجناس، فصحت النية بالثلاث باعتبار أن الثلاث واحد لا باعتبار أنها عدد (و المثنى بمعزل منهما) اي الاثنان بمعزل من الفردية و الجنسية، لانه لم يوجد فيه معنى التوحد لابحسب الذات و لا بحسب الجنسية، و معنى بمعزل بعيد عنه. و قال ابن دريد يقال انا عن هذا الامر بمعزل أى متنح (و لو قال انت طالق الطلاق، و قال اردت بقولي طالق واحدة، و بقولي الطلاق أخرى) اي طلقة اخرى (يصدق لان كل واحد منهما) أى من قوله طالق و من قوله الطلاق (صالح للايقاع) باضمار انت (فكانه قال أنت طالق و طالق فتقع رجعيتان) اي طلقتان رجعيتان (اذا كانت مدخولا بها) و ان كانت غير مدخول بها لغى الثاني، و هو قياس قول الشافعي رحمه الله تعالى و قال الاترازي هكذا نقله في شرح الجامع الصغير عن الفقيه ابي جعفر، و ذلك مروي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و منعه فخر الاسلام البزدوي لان طالق نعت

---

(١) الجوهري في الصحاح ص٥٤٨ ج٢ و فيه و الجمع وحدان واحدان (بضم الالف) مثل شاب و شبان (بضم الشين و تشديد الباء) و في لسان العرب الوحدان جمع واحد كراكب و ركبان و يقال الاحدان.

و اذا اضاف الطلاق الى جملتها، أو الى مايعبر به عن الجملة وقع الطلاق، لانه اضيف الى محله، و ذلك مثل أن يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق أو عنقك طالق، أو رأسك طالق، أو روحك أو بدنك او جسدك او فرجك او وجهك، لانه يعبر بها عن جميع البدن، أما الجسد و البدن فظاهر و كذا غيرهما، قال الله تعالى فتحرير رقبة و قال فظلت اعناقهم و قال عليه الصلوة و السلام لعن الله الفروج على السروج، و يقال فلان

و طلاقاً مصدره، فلايقع الا واحدة، و كذا في انت طالق الطلاق (و اذا اضاف الطلاق الى جملتها) اي الى جملة المرأة مثل قوله انت طالق لان التاء ضمير المرأة (او الى ما يعبر به عن الجملة) اي او اضاف الطلاق الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق (وقع الطلاق لانه اضيف الى محله) اي لان الطلاق اضيف الى محله و هي المرأة لان التاء ضمير المخاطبة و هي عبارة عن المرأة (و ذلك) اشارة الى قوله لانه اضيف الى محله (مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة) و هي عبارة عنها كما ذكر (او يقول) بالنصب عطفاً على قوله ان يقول (رقبتك طالق او عنقك طالق او رأسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها) اي بهذه الالفاظ (عن جميع البدن اما الجسد و البدن فظاهر) لانها عبارة عن جملة المرأة (و كذا غيرهما) اي غير الجسد و البدن من الالفاظ المذكورة ظاهر ثم شرع في بيان ذلك و يوضحه بقوله (قال الله تعالى فتحرير رقبة) اي تحرير مملوكة و لم يرد الرقبة بعينها (و قال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين) و اراد بالاعناق الذوات و لهذا لم يقل خاضعة و لو اريد بها حقيقة العنق لقيل خاضعة (و قال عليه الصلوة و السلام لعن الله الفروج على السروج) و اراد بالفروج النساء، و هذا الحديث غريب جدا و قال مخرج الاحاديث(١) و لقد ابعد شيخنا علاء الدين حيث استشهد بحديث أخرجه ابن عدى في الكامل قال ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ذوات الفروج ان يركبن السروج، فان المصنف استدل بالحديث المذكور على ان الفرج من الاعضاء التي يعبر به عن جملة المرأة كالوجه و العنق، بحيث يقع الطلاق باسناده اليه، و حديث ابن عدي اجنبي عن ذلك(٢) و اخرج ابن عدى ايضا عن على بن ابى علي القرشي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج و ضعفه بعلى بن ابي علي و قال انه مجهول (و يقال فلان

---

(١) مخرج الاحاديث اي المحدث جمال الدين الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٢٢٨ ج٣. (٢) و حديث ابن عدي اجنبي عن ذالك و في فتح القدير ص٣٥٩ ج٣ و اين لفظ ذات الفرج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقاً للبعض على الكل انتهى.

رأس القوم و وجه العرب(١) و هلك روحه بمعنى نفسه. و من هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر و منه النفس و هو ظاهر، و كذلك ان طلق جزءاً شائعاً مثل أن يقول نصفك طالق او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره، فكذا يكون محلا للطلاق، الا انه لايتجزأ في حق الطلاق، فيثبت في الكل

رأس القوم) اي كبيرهم و ليس المراد به العضو بل الشخص و كذا يقال فلان اعتق كذا و كذا رأساً، و يقال امري حسن مادام رأسك سالماً، لكن، هذا فيما اذا تكلم باضافة الرأس، اما اذا قال الرأس(٢) منك طالق او وضع يده على رأسها و قال هذا العضو منك طالق، فقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لايقع شيء و وجهه انه لايراد به الذات (و يا وجه العرب) أي انت وجه(٣) لان الاستعمال شائع بين العرب يقول بعضهم لبعض يا وجه و يريدون به الذات و قال الله تعالى كل شيء هالك الا وجهه اى ذاته (و هلك روحه بمعنى نفسه) اراد به الذات. و في الينابيع ان اضافه الى العضو لايبقى الانسان بفقده يقع و ان كان يبقى بفقده لايقع قيل يرد عليه القلب. قال المرغيناني لارواية في القلب. و في المحيط و ان كان عضو لايعبر به عن البدن لايقع و إن نوى و لو قال بضعك طالق ذكر شمس الائمة السرخسي انها لاتطلق، و ذكر شمس الائمة الحلواني انها تطلق. و في الزيادات لو قال وبرك طالق لايقع، و في خزانة الاكمل لو قال استك طالق يقع عند ابي يوسف كما لو قال فرجك. و في الروضة لو قال استك طالق يقع و لم يحك خلافاً و لا قولا لاحد و لو قال سرتك طالق او بلغمك او ظفرك او اصبعك او شعرك لايقع (و من هذا القبيل الدم) اي مما يعبر به عن جملة البدن الدم، بان قال دمك طالق انه يقع (في رواية) هي رواية كتاب الكفالة، فانه لو كفل بدم الانسان يصح و اشار(٤) في كتاب العتاق ان اضافة الطلاق االى الدم لاتصح فانه لو قال دمك حر لايعتق، و انما قال من هذا القبيل لان القدوري لم يذكر هذا (يقال دمه هدر) يراد به ان نفسه هدر (و منه) اي و من هذا القبيل (النفس و هو ظاهر) لان النفس عبارة عن الذات (و كذا) اي و كذا يقع الطلاق (ان طلق جزءاً شائعا مثل ان يقول نصفك طالق او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره) نحو الوصية (فكذالك يكون محلا للطلاق، الا انه لايتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل) اي يثبت

---

(١) وجه العرب - ن - يا وجه العرب. (٢) الرأس الخ راجع لهذه الفروع الفتاوى الهندية ص٣٦٠ ج١ و المبسوط للسرخسي ص٨٩ ج٦. (٣) اي انت وجه و في الفتح ياوجه العرب يعني يا اوجههم (بعد اسطر) و وجههم اي اشرفهم. (٤) و اشار الخ و في فتح القدير ص٣٥٩ ج٣ قوله و من هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق و يراد به الكل و هي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح و رواية كتاب العتق لاتصح فانه قال اذا قال دمك =>

ضرورة، و لو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق، و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يقع، و كذا الخلاف في كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن، لهما انه جزء متمتع(١) بعقد النكاح، و ما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح، فيكون محلاً للطلاق، فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل، كما في الجزء الشائع، بخلاف ما اذا أضيف اليه

الطلاق في كل المرأة (ضرورة) اي لاجل الضرورة، و هو عدم امكان التجزؤ (و لو قال يدك طالق او رجلك طالق، لم يقع الطلاق، و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يقع) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى وَ في السروجي و لو اضاف الطلاق الى يديها او رجليها يقع عند بعض اصحابنا، بخلاف اليد الواحدة و قال القاضي الاشبه بمذهب اصحابنا انه لو اراد باليد جميع البدن يقع. و قال شمس الائمة سبط بن الجوزي في الانصاف لو نوى باليد جميع البدن يقع (و كذا الخلاف) اي بيننا و بين زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (في كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن) كالاصبع و اليد و الرجل، و قد بقيت اعضاء لم تذكر و هي الاذن و الحاجب و الانف و الخد و الصدر و الثدي و السن و الكتف و الخاصرة و الجنب و الركبة والقدم و الرئة و المرارة وغيرها مما يشبهها، و يؤخذ حكمها مما تقدم. و عند زفر و الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يقع الطلاق في جميع ذلك الا عند احمد لايقع في السن و الظفر و الشعر كقولنا، و في البسيط لايقع بالاضافة الى الجنين و فضلاتها كالبول و المني و اللبن و المخاط و الدمع و العرق، و فيه وجه انه يقع الا في الجنين، و الدمع قيل كالفضلات و منهم من قطع بالوقوع به و في الاعضاء الباطنة كالكبد و الرئة و القلب و نحوها يقع، و في حياتها و روحها يقع و في سمنها و شحمها تردد و لا حياة في الشحم، و في الصفات كالحسن و القبح و اللون لايقع و لم يذكر الطول و العرض و القصر (لهما) اي لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى (انه) اي ان الجزء المعين (جزء مستمتع بعقد النكاح و ما هذا حاله) اي الذي يكون الاستمتاع بعقد النكاح حاله (يكون محلا لحكم النكاح) و كلما كان الشيء محلا للنكاح (فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم) اي حكم الطلاق (فيه) اي في الاستمتاع (قضية للاضافة) اي توفية(٢) لاضافة الطلاق فيه (ثم يسري الى الكل) اي الى كل المرأة (كما في الجزء الشائع) يسري الى الكل (بخلاف ما اذا اضيف اليه) و هذا جواب عما يقال لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح، لانعقد النكاح اذا اضيف اليه، ثم

=> حر لايعتق و في الخلاصة صحح عدم الوقوع انتهى. (١) متمتع - ن - مستمتع. (٢) توفية الخ اي توفية لحق الاضافة العناية.

النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء و في الطلاق الامر على القلب. و لنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا أضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد، لانه ينبئ عن رفع القيد، و لا قيد في اليد، و لهذا لاتصح اضافة النكاح اليه(١) بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا، حتى تصح اضافته اليه، فكذا يكون محلاً للطلاق. و اختلفوا في الظهر و البطن،

يسري الى الكل. فاجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح (لان التعدي) اي السراية (ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء) فيمنع من السريان (و في الطلاق الامر على القلب)(٢) يعني مضي الطلاق على غلبة الحرمة يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء (و لنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو) يعني لايقع (كما اذا اضافه) اي الطلاق (الى ريقها) بان قال ريقك طالق (او ظفرها) بان قال ظفرك طالق و هذا توضيح لما قبله (لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه) اي الطلاق (ينبئ عن رفع القيد و لا قيد في اليد) لانه عبارة عن المنع مع القدرة عليه، و اليد لاتوصف بكونها قادرة عليه، فلاتوصف بالقيد (و لهذا) اي و لاجل عدم معنى القيد فيها (لاتصح اضافة النكاح اليه) فلو قال نكحت يدك و قبلت المرأة لاينعقد النكاح (بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه) اي اضافة النكاح الى الجزء الشائع (فكذا يكون محلا للطلاق) و قد مر عن قريب. فان قيل قد جاء في الآية و الحديث ان اليد تطلق على كل البدن، قال الله تعالى تبت يدا ابي لهب اي نفسه. و قال عليه الصلوة و السلام على اليد(٣) ما اخذت حتى ترد، فلم لايقع الطلاق باعتبار انه يعبر عن الكل. قلنا قد ذكر في الاسرار و المبسوط اراد به صاحب اليد على حذف المضاف، و في الآية اضاف الهلاك الى اليد لانه اراد رمي النبي صلي الله عليه وسلم بالحجر، فكان ذلك دليلا على ان المراد به جميع البدن. و لو كان(٤) في عرف القوم عبارة عن البدن يقع الطلاق باضافته الى اليد. و الطلاق مبنى على العرف، حتى لو لم يكن في بلاد ذلك العرف لايقع. و لهذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع، و العربي اذا تكلم به و هو لايدري ما هو لم تطلق. و هذا باب لامناقشة فيه (و اختلفوا في الظهر و البطن) يعني اذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق، لان الظهر و البطن في معنى الاصل، اذ لايتصور النكاح بدونهما، و يعبر بالظهر عن الكل كما يقال فلان يقوي

(١) اليه - ن - اليها. (٢) على القلب الخ و في العناية على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء. (٣) على اليد ما اخذت الخ رواه الترمذي باب ماجاء ان العارية مؤداة ص١٥٢ ج١ و ابن ماجة و مسند احمد. (٤) و لو كان الخ كذا في فتح القدير ص٣٦١ ج٣.

و الاظهر انه لايصح لانه لايعبر بهما عن جميع البدن، و ان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة(١) كانت طالقا تطليقة(٢) واحدة لان الطلاق لايتجزأ، و ذكر بعض ما لايتجزأ كذكر الكل، و كذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا.

ظهرك، و قوله عليه الصلوة و السلام لاصدقة(٣) الا عن ظهر غني (و الاظهر انه لايصح الطلاق) اي لايقع الطلاق (لانه لايعبر بهما) اي الظهر و البطن عن جميع البدن. و لو قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لايكون مظاهراً (وان طلقها نصف تطليقة) بان قال انت طالق نصف تطليقة (او ثلثها) اي او قال انت طالق ثلث تطليقة (كانت طالقاً تطليقة واحدة، لان الطلاق لايتجزأ و ذكر بعض ما لايتجزأ كذكر الكل) هذا قول عامة العلماء. و قال نفاة القياس و ربيعة الرأي لايقع شيء بذلك النصف و الجزء و ثلث من الف جزء من الطلاق (و كذا الجواب في كل جزء سماه) يعني يقع واحدة، و ذلك كالعفو عن بعض القصاص يكون عفواً عن الكل (لما بينا) و هو انه لايتجزأ و ذكر بعضه كذكر كله. و لو قال انت طالق نصفي تطليقة يقع واحدة لانه اوقع اجزاء تطليقة واحدة، و به قال الشافعي(٤) و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و لو قال لموطوءته انت طالق نصف تطليقة و ثلث تطليقة و ربع تطليقة يقع ثلاث لانه اوقع من كل تطليقة واحدة جزء، فانه نكر التطليقة في كل كلمة، و النكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى، و في غير الموطوءة يقع واحدة، لانها بانت بالاولى، كما لو قال انت طالق و طالق، و لو قال نصف تطليقة و ثلثها و ربعها يقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى تطليقة واحدة بحرف الكناية، و هو ظاهر الرواية و هو الاصح. و قال بعض المشايخ يقع ثنتان و به قال الشافعي في احد قوليه. و لو قال لاربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و كذلك بينكن تطليقتان او ثلاث او اربع، الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعاً يقع على كل واحدة منهن ثلاث تطليقات، الا في التطليقتين. فانه يقع على كل واحدة منهن تطليقتان، و ان قال بينكن خمس تطليقات و لانية له طلقت كل تطليقتين، و كذا ما زاد الى ثمان. فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً، فان زاد على الثمان فكل

---

(١) ثلث تطليقة - ن - ثلثها. (٢) كانت طالقا تطليقة - ن - كانت تطليقة. (٣) لاصدقة الخ و روى البخاري تحت ترجمة لاصدقة الا عن ظهر غني ص١٩٢ ج١ عن ابي هريرة و حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنهما مرفوعا خير الصدقة ما كان عن ظهر غني و مسلم باب بيان ان اليد العليا خير من اليد السفلى ص٣٣٢ ج١ عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه مرفوعا و مشكوة باب افضل الصدقة ص١٧٠ ج١. (٤) الشافعي الخ راجع المغنى ص٤١٦ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص١٣٥ ج١٧.

و لو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً، لان نصف التطليقتين تطليقة، فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة. و لو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان، لانها طلقة و نصف، فتكامل(١) و قيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير(٢) ثلاثاً و لو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة. و ان قال من واحدة الى ثلاث او مابين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا في الاولى ثنتان و في الثانية ثلاث. و قال زفر رحمه الله تعالى في الاولى لايقع شيء، و في الثانية تقع واحدة

واحدة منهن طالق ثلاثاً (و لو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا. لان نصف التطليقتين تطليقة، فاذا جمع بين ثلاثة انصاف) تطليقتين (تكون ثلاث تطليقات ضرورة) و هذه من خواص الجامع الصغير و هو ظاهر (و لو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان) و هذا هو المنقول في الجامع الصغير عن محمد، و اليه ذهب الناطفي في الاجناس و العتابي في شرح الجامع الصغير. و قال العتابي هو الصحيح (لانها طلقة و نصف فيتكامل) اي النصف فيصير تطليقتين (و قيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلاثاً) اي ثلاث تطليقات (و لو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او مابين واحدة) اي لو قال انت طالق ما بين واحدة (الى ثنتين فهي واحدة) اي طلقة واحدة (و لو قال من واحدة الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان) اي طلقتان (و هذا) اي المذكور في الحكم (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا في الاولى) اي في المسألة الاولى يقع (ثنتان) اي طلقتان (و في الثانية) اي في المسألة الثانية (ثلاث) اي يقع ثلاث تطليقات (و قال زفر في الاولى لايقع شيء، و في الثانية يقع واحدة) هذا(٣) الكلام مشتمل على الغايتين فعندهما تدخل الغايتان و عند زفر لايدخلان، و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يدخل الابتداء دون الانتهاء - و القسم الرابع هو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد و اختلفوا في من قال من واحدة الى واحدة، و الصحيح انه يقع واحدة و يلغو آخر كلامه، ذكره قاضي خان، و علل بان الشيء الواحد حد او محدود، فيلغو آخر كلامه و يبقى قوله انت طالق. و قال السروجي فيه نظر لان الى واحدة نكرة، و هي غير الواحد بالاولى فلاتكون الواحدة حداً و محدوداً من جوامع الفقه من واحدة الى

---

(١) فتكامل - ن - فيتكامل. (٢) فيصير - ن - فتصير. (٣) هذا الكلام الخ كذا في العناية ص٣٦٣ ج٣.

و هو القياس، لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية، كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط. وجه قولهما و هو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة. و لابي حنيفة رحمهما الله تعالى أن المراد به الاكثر من الاقل و الاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين و ما بين ستين الى سبعين و يريدون به ما ذكرناه،

واحدة تقع واحدة و لم يحك خلافاً، و من واحدة الى اخرى و الى الثانية واحدة عنده، و عندهما ثنتان و من ثنتين الى ثنتين اثنتان عندهما. و عنده ثلاث في المبسوط(١) ما بين واحدة الى اخرى على قياس قول زفر رحمه الله تعالى لايقع شيء. و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقع واحدة، و عندهما ثنتان. و من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف و قيل تقع واحدة بالاتفاق، و تلغو الغاية(٢) و فيه مابين واحدة الى الثلاث او من واحدة الى الثلاث فهو واحدة في القياس، و به قال زفر، و عندهما ثلاث و عند ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ثنتان (و هو القياس) اي قول زفر رحمه الله تعالى هو القياس (لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية) اي تحت الشيء التي تضرب له الغاية، و هو المعنى لان الغاية انما تذكر للفصل بينها و بين المضروب، فينبغي أن لايدخل تحته ليحصل الفصل بينهما كما في الممسوحات، كذا في جامع البرهاني (كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط) لايدخل الجدار في البيع (وجه قولهما) اي وجه قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و هو الاستحسان. ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف) اي في عرف الناس (يراد به الكل، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة) كان له ان ياخذ المائة، و كذا لو قال كل من الملح الى الحلو يريد به تعميم الاذن، و كذا لو قال اشتر لي هذا العبد من مائة الى الف يكون له اذن بالشراء بالف اذ مطلق الكلام يحمل على المتعارف (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان المراد به) اي بمثل هذا الكلام بحسب العادة، و هو ايضا يحتج بالعادة (الاكثر من الاقل و الاقل من الاكثر) و هو ما بينهما (فانه يقولون سني من ستين الى سبعين و مابين ستين الى سبعين و يريدون به ما ذكرناه) يعني الاكثر من الاقل و الاقل من الاكثر. قال الاترازي فيه نظر(٣) لانه لايتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين، و اجيب بانه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلاث، و الاقل فيه الواحد و الاكثر من الاقل، و الاقل من

---

(١) المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص١٣٦ ج٦ مفصلا. (٢) و تلغو الغاية الخ و لفظ المبسوط و قيل تقع واحدة عندهم جميعا لان الشيء لايكون غاية نفسه فكان قوله الى واحدة لغوا انتهى. (٣) فيه نظر الخ كذا في العناية.

و ارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرا، و الاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لابد أن تكون موجودة لترتب(١) عليها الثانية و وجودها بوقوعها بخلاف البيع، لان الغاية فيه موجودة قبل البيع و لو نوى واحدة

الاكثر الثنتان. و قيل هذا ليس بشيء، لان قوله - لان الاكثر فيه يعني في الطلاق - و ليس الكلام فيه، و انما الكلام في الاقل و الاكثر من كلام المتكلم و الثلاث غير مذكورة فيه. و قال الاكمل قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلاث و قوله و الاقل من الاكثر اذا لم يكن بينهما ذالك كما في قوله - من واحدة الى ثنتين - و على هذا يسقط الاعتراض انتهى. و قد حاج ابوجعفر رحمه الله تعالى زفر رحمه الله تعالى حيث قال له كم سنك، فقال سني ما بين ستين الى سبعين، فقال له انت اذا ابن تسع سنين، فتحير زفر. و قال فخر الاسلام حاج الاصمعي(٢) زفر على باب الرشيد، فقال له ماقولك في رجل قيل له ما سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير زفر رحمه الله و قال استحسن في مثل هذا ذكر لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قال الاترازي و جوابه ان المراد في العرف و العادة من قول الرجل سني ما بين العددين المذكورين، و لاشك ان العدد الذي بينهما اكثر من ستين، و ما كان اكثر من ستين كيف يكون تسعة، و لايصح سؤال الاصمعي، و كذا يقول زفر في قوله ما بين واحد الى ثلاث ان المراد ما بين العددين، و هذا ما ساعد به خاطري زفر في هذا العلم (و ارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما في قوله خذ من درهم الى مائة، تقديره ان ارادة الكل (فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى في قوله خذ من مالي (و الاصل في الطلاق هو الحظر) فلايراد الكل حتى لاينسد باب التدارك (ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى و وجهه ان لاتدخل الغايتان، تقديره ان الغاية الاولى و هي الواحدة (لابد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية) اي الغاية الثانية لانه لاثانية الا بعد الاولى (و وجودها بوقوعها) حاصله ان القياس ما قاله زفر ان الغاية لاتدخل تحت المغيا، الا انه لابد من ادخال الاولى، لانه اوقع الثانية قبل الاولى فدعت الضرورة الى وجودها، و وجودها بوقوعها. اما ايقاع الثانية يصح بلاايقاع الثالثة، فاخذنا فيه بالقياس (بخلاف البيع) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى ان الحدين لايدخلان في المحدود، كما في قوله بعت من هذا الحائط، فاجاب بقوله بخلاف البيع (لان الغاية فيه موجودة قبل البيع) فلم تقع الضرورة الى ادخال الغاية في المغيا، فبقيت الغاية خارجة عن المغيا على اصل القياس (و لو نوى واحدة)

---

(١) لترتب - ن - ليترتب. (٢) حاج الاصمعي الخ كذا في العناية و الفتح و الكفاية.

يدين ديانة لا قضاء، لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر، و لو قال أنت طالق واحدة في ثنتين و نوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة. و قال زفر رحمه الله تعالى تقع ثنتان لعرف الحساب و هو قول الحسن بن زياد رحمه الله تعالى. و لنا أن عمل الضرب في تكثير(١) الاجزاء لا في زيادة المضروب و تكثير أجزاء التطليقة(٢) لايوجب تعددها فان نوى واحدة و ثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله، فان حرف الواو للجمع و الظرف يجمع(٣) الى المظروف و لو كانت غير مدخول بها تقع(٤) واحدة

يعني في قوله مابين واحدة الى ثلاثة او في قوله من واحدة الى ثلاث (يدين ديانة) يعني يصدق ديانة (لا) يصدق (قضاء لانه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر) لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يستعمل لارادة الاقل من الاكثر الى آخره (و لو قال انت طالق واحدة في ثنتين و نوى الضرب و الحساب او لم تكن له نية فهي واحدة) اي طلقة واحدة (و قال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب) بضم الحاء و تشديد السين جمع حاسب، يعني هو معروف عندهم ان واحدة في ثنتين ثنتان (و هو) اي قول زفر (قول الحسن بن زياد) و مالك والشافعي رحمهم الله تعالى في وجه (و لنا ان عمل الضرب أثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب) اي فيما ليس له طول و عرض و عمق، اما في المسوحات يعني فيما له طول و عرض، يكون لبيان تكثير المضروب، فانه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق احد في الدنيا فقير لانه يضرب ما ملكه من درهم في مائة فيصير مائة و يضرب المائة في الف، فيصير مائة الف. و قال الاكمل الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين. و قال الاترازي وجه قول اصحابنا، و الضرب اثره في تكثير اجزاء المضروب لا في زيادة العدد، و الطلاق الذي له اجزاء كثيرة مثل الطلاق الذي له اجزاء قليلة، و لهذا لو قال لها انت طالق طلقة و نصف تطليقة و سدسها و ثلثها لم يقع الا واحدة، و على هذا الخلاف اذا أقر و قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم و نوى الحساب و الضرب فعندنا يلزمه عشرة، و عند زفر رحمه الله تعالى يلزمه مائة، الا ان ينوي بفي الواو او مع، فحينئذ يلزمه جميع ذلك، و يحلفه بالله ما اردت الاقرار بذلك كله اذا كان الخصم يدعيه (و تكثير اجزاء التطليقة لايوجب تعددها) كما لو قال انت طالق طلقة و نصفها و ربعها و ثمنها لم يقع الا واحدة (فان نوى واحدة و ثنتين فهي ثلاث) اي ثلاث تطليقات (لانه يحتمله، فان حرف الواو للجمع و الظرف يجمع المظروف) لان بينهما اتصالاً (و لو كانت غير مدخول بها يقع واحدة)

(١) عمل الضرب في تكثير – ن – عمل الضرب اثره في تكثير. (٢) التطليقة – ن – الطلقة. (٣) يجمع الى المظروف – ن – يجمع المظروف. (٤) تقع – ن – يقع.

كما في قوله واحدة و ثنتين، و ان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث، لان كلمة في تأتي بمعنى مع، كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي أى مع عبادي، و لو نوى الظرف يقع(١) واحدة، لان الطلاق لايصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثاني. و لو قال اثنتين في اثنتين و نوى الضرب و الحساب فهي ثنتان، و عند زفر رحمه الله تعالى ثلاث، لان قضيته أن يكون(٢) اربعاً لكن لامزيد للطلاق على الثلاث، و عندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه.

اي طلقة واحدة (كما في قوله واحدة و ثنتين) اي كما يقع واحدة في قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة و ثنتين (و ان نوى واحدة مع ثنتين) يعني في قوله انت طالق واحدة في ثنتين (يقع الثلاث) اي ثلاث تطليقات (لان كلمة في تاتي بمعنى مع، كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي)(٣) و يقال دخل الامير في جنده، اي مع جنده. و قال صاحب الكشاف لاتكون في بمعنى مع هاهنا، اذ لو نوى كذلك لما قيل و ادخلي جنتي فهي على الحقيقة، اي ادخلي في جملة عبادي (و لو نوى الظرف تقع واحدة، لان الطلاق لايصلح ظرفاً) لان احد العددين لايصلح ظرفاً للآخر، و بين الظرف و المظروف من المعية فاستعير له، و لو نوى الظرف يقع واحدة، لان الطلاق معنى فقهي لايصلح ان يكون ظرفاً للغير (فيلغو ذكر الثاني، و لو قال اثنتين في اثنتين) اي لو قال انت طالق اثنتين في اثنتين (و نوى الضرب و الحساب فهي ثنتان) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاظهر (و عند زفر رحمه الله تعالى ثلاث) يعني يقع ثلاث طلقات، و به قال الحسن و مالك و الشافعي في وجه و احمد رحمهم الله تعالى (لان قضيته ان يكون اربعاً) بعرف الحساب (لكن لامزيد للطلاق على الثلاث، و عندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه) يعني ان الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب، و على هذا الخلاف مسائل الاقرار بان قال عشرة في عشرة او درهم في دينار، او كر حنطة في كر شعير لم يكن عليه الاالمذكور اولا عندنا، الا ان يقول نويت الواو او حرف مع فيلزمه جميع ذلك، فحلفه

---

(١) يقع – ن – تقع. (٢) يكون – ن – تكون. (٣) مع عبادي و في البحر الرائق ص٢٨٥ ج٣ و ارادة معنى مع بها (اي بكلمة في) ثابت كقوله تعالى و يتجاوز عن سيآتهم في اصحاب الجنة و اما الاستشهاد بقوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي فبعيد ينبو عنه و ادخلي جنتي فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فهي على حقيقتها و لهذا قال في الكشاف (ص٢٥٢ ج٤) ان المراد في جملة عبادي و قيل في اجساد عبادي و يؤيده قراءة في عبدي و الاوجه الاستشهاد بما ذكرنا انتهى و كذا في فتح القدير ص٣٦٧ ج٣.

و لو قال انت طالق من هاهنا (١) الى الشام، فهي واحدة يملك الرجعة. و قال زفر رحمه الله تعالى هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها. و لو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد، و كذلك لو قال أنت طالق في الدار، لان الطلاق لايتخصص بمكان دون مكان، و ان عني به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء، لانه نوى الاضمار و هو خلاف الظاهر. و لو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة، لانه علقه بالدخول. و لو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل

القاضي بانه ما اراد الجمع اذا ادعى الخصم الجميع، كذا في المبسوط(٢) (و لو قال انت طالق من هنا الى الشام) قال الاترازي الشام بسكون الهمزة ناحية بلد. قلت ليس كذلك، بل هو اسم لصقع(٣) يجمع بلاداً كثيرة و اعظمها دمشق (فهي واحدة يملك الرجعة. و قال زفر رحمه الله تعالى هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) هذا التعليل فيه نظر(٤) فانه لو قال أنت طالق تطليقة طويلة و نص على الطول تقع رجعية عنده فيحتمل أن يكون عنه روايتان في المسألة، و يحتمل ان يستفاد من قوله - هاهنا الى الشام - المبالغة في الطول و الزيادة فيه (قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها) فلما خصه ببعض الاماكن يكون وصفاً بالقصر، و الطلاق لايحتمل الطول و القصر حقيقة، و انما يحتمل ذلك حكماً، و القصر من حيث الحكم هو الرجعي (و لو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد، و كذلك لو قال انت طالق في الدار، لان الطلاق لايتخصص بمكان دون مكان) لان المطلقة في مكان مطلقة في كل مكان (و ان عني به) اي و ان قصد بقوله انت طالق بمكة (اذا اتيت مكة يصدق ديانة) يعني بينه و بين الله تعالى (لاقضاء) اي لايصدق في الحكم (لانه نوى الاضمار و هو) اي الاضمار (خلاف الظاهر) فلايصدق القاضي لما فيه نوع تخفيف على نفسه (و لو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة، لانه علقه بالدخول) اي بقوله - اذا دخلت مكة - لانه صرح بالتعليق فيعلق بالدخول (و لو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل) اي يتعلق الطلاق

---

(١) هاهنا - ن - هنا. (٢) المبسوط للسرخسي ص١٣٧ ج٦ و لفظه اذا قال لفلان على عشرة دراهم في عشرة دراهم و نوى حساب الضرب فعليه عشرة عندنا و مائة عند زفر رحمه الله تعالى و ان نوى عشرة و عشرة فعليه عشرون الخ. (٣) صقع بضم الصاد و سكون القاف ناحية الارض و البيت و فلان من اهل هذا الصقع اي من اهل هذه الناحية. لسان العرب. (٤) فيه نظر الخ راجع لهذا المقام الشروح الثلاثة للهداية ص٣٦٧ ج٣.

لمقارنة(١) بين الشرط و الظرف، فحمل عليه عند تعذر الظرفية.

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

و لو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر، لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد، و ذلك بوقوعه في اول جزء منه. و لو نوى به آخر النهار صدق ديانة لاقضاء لانه نوى التخصيص في العموم و هو يحتمله و كان(٢) مخالفاً للظاهر. و لو قال أنت طالق اليوم غداً او غداً اليوم يؤخذ(٣) باول الوقتين الذي تفوه به، فيقع في الاول

بفعل الدخول (المقارنة بين الظرف و الشرط) لان الظرف يسبق الظرف، كما ان الشرط يسبق المشروط (فحمل عليه) اي على الشرط (عند تعذر الظرفية) لان الفعل لايصلح ظرفاً لانه عرض فلايقوم بنفسه فلايصلح الدخول ظرفاً للطلاق. و في المبسوط و كذا الحكم في ذهابك الى مكان كذا او في لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل.

(فصل في اضافة الطلاق الى الزمان)

اي هذا فصل في بيان حكم اضافة الطلاق الى الزمان، ذكر هنا(٤) فصولاً مترادفة بحسب اضافة الطلاق و تنويعه و تشبيهه، و اضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (و لو قال انت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر، لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد، و ذلك بوقوعه في اول جزء منه) اي من الغد و هو طلوع الفجر، لان الغد يتحقق في ذلك الوقت (و لو نوى به) اي بقوله غداً (آخر النهار يصدق ديانة) اي لاحتمال كلامه ذلك (لا قضاء) اي لايصدق قضاء في الحكم (لانه نوى التخصيص في العموم، و هو يحتمله) اي العموم يحتمل الخصوص فيصدق ديانة، كما لو قال لا آكل طعاما و نوى طعاماً دون طعام (لكنه مخالف للظاهر) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد، و ذلك بوقوعه في اوله، و فيه تخفيف عليه فلايصدقه القاضي و لقائل(٥) ان يقول العام ما يتناول افراد متفقة الحدود و لفظ الغد ليس كذلك، و ما يتوهم فيه من الاول و الوسط، و الآخر فهو من اجزائه لا من افراده، و حينئذ لاتكون نية آخر النهار تخصيصاً فلاعموم و لاتخصيص. و الجواب ان المراد به الحقيقة و المجاز، فان اطلاق لفظ الكل و ارادة الجزء مجاز لامحالة (و لو قال أنت طالق اليوم غداً او غداً اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به) اي تكلم به (فيقع في الأول) اي في الوجه الاول، و هو

---

(١) لمقارنة -ن- لمقارنة. (٢) و كان مخالفا للظاهر - ن - لكنه مخالف للظاهر - ن - لكنه يخالف الظاهر.
(٣) يؤخذ - ن - فانه يؤخذ. (٤) ذكر هنا الخ كذا في العناية. (٥) و لقائل الخ كذا في العناية ص٣٦٩ ج٣ و في فتح القدير قوله لانه نوى التخصيص في العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد و الا فلفظ غدا نكرة في =>

في اليوم، و في الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان منجزاً و المنجز لايحتمل الاضافة. و لو(١) قال غداً كان اضافة و المضاف لايتنجز، لما فيه من ابطال الاضافة، فلغى اللفظ الثاني في الفصلين و لو قال أنت طالق في غد و قال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى، و قالا لايدين في القضاء خاصة، لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غداً على ما بينا، و لهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية، و هذا لان حذف في و اثباته سواء لانه ظرف في الحالين، و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه

قوله انت طالق اليوم غداً (في اليوم و في الثاني) و هو قوله انت طالق غدا اليوم (في الغد، لانه لما قال اليوم كان منجزاً، و ا لمنجز لايحتمل الاضافة) فكان قوله غداً لغواً، و بقولنا قال الشافعي رحمه الله تعالى و حكى عنه في قوله أنت طالق غداً اليوم وجهان، اصحهما انه لايقع في الحال شيء و يقع واحدة غداً، كقولنا. والثاني ان الحكم فيه كما لو قال أنت طالق اليوم غداً (و لو قال غداً كان اضافة، والمضاف لايتنجز لما فيه من ابطال الاضافة، فلغى اللفظ الثاني في الفصلين) في قوله أنت طالق اليوم غدا، و قوله غدا اليوم فان قيل(٢) لم لم يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر، و اجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق، و الاصل خلافه فلايصار اليه في غير موضع الضرورة، و فيه نظر، لان صون الكلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة، و الاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم و غدا، و بالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود، فلاحاجة الى غيرها، فعلى هذا كان كلامه مصوناً عن الالغاء. فان قيل هذا لايتم في الصورة الثانية و هي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا و الموصوف به غدا لايكون موصوفاً به اليوم. اجيب بان ايقاع الثانية فيها مفض الى المكروه و هو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلايسعى لاثباتها، فيكون الثاني لغوا (و لو قال انت طالق في غد، و قال نويت آخرالنهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لايدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه) هو انه تخصيص العموم، و هو خلاف الظاهر فلايصدق قضاء و يصدق ديانة (و لهذا) اي و لاجل كونها وصفها بالطلاق في جميع الغد (يقع) اي الطلاق (في اول جزء منه) اي من الغد (عند عدم النية و هذا) اي وقوع الطلاق في اول جزء منه عند عدم النية (لان حذف في و اثباته سواء لانه ظرف في الحالين) اي الحذف و الاثبات (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه

=> الاثبات فليس من صيغ العموم. (١) و لو –ن– و اذا. (٢) فان قيل لم لم يجعل الخ كذا في العناية ص٣٦٩ ج٣.

نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف و الظرفية لاتقتضى الاستيعاب و تعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعين(١) القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غداً لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري و نظير الاول و الله لاصومن في عمري، و على هذا الدهر و في الدهر و لو قال أنت طالق أمس و قد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه أسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل ان اخلق و لانه يمكن تصحيحه اخباراً عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج.

نوى حقيقة كلامه) لانه لما قال في الغد جعل الغد ظرفاً (لان كلمة في للظرف و الظرفية لاتقتضي الاستيعاب) اي استيعاب المظروف، كقولنا زيد في الدار يقتضي وجوده في جزء من اجزاء الظرف، و قد يشغل جميع المظروف، فكان كلامه محتملا للوجهين (و تعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم، فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي) من المعين (اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا) يعني اذا قال غدا بدون ذكر في (لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها) اي وصف المرأة (بهذه الصفة) يعني بصفة الطلاق حال كون الصفة (مضافا الى جميع الغد) فلايصدق ديانة في نيته آخر النهار و قضاء (نظيره) أي نظير حكم هذا المذكور بدون ذكر كلمة في (اذا قال و الله لاصومن عمري، و نظير الاول) و هو المذكور بكلمة في (و الله لاصومن في عمري) فإن الاول يتناول جميع عمره حتى لايبر في يمينه الا بصوم جميع العمر، و في الثانية و هو قوله لاصومن في عمري يتناول ساعة من عمره حتى لو صام ساعة يبر في يمينه (و على هذا) اي و على الحكم المذكور (الدهر و في الدهر) يعني لو قال لاصومن الدهر، او قال لاصومن في الدهر ففي الاول لايبر حتى يصوم الدهر كله، و في الثاني لو صام ساعة منه يبر في يمينه (و لو قال انت طالق امس و قد تزوجها) اي و الحال انه قد تزوجها (اليوم) بالنصب، اي في اليوم الذي قال انت طالق (لم يقع شيء، لانه أسنده) اي اسند كلامه (الى حالة معهودة) اي معلومة (منافية لمالكية الطلاق فيلغو) كلامه فلايقع شيء (كما اذا قال انت طالق قبل ان أخلق) او قبل أن تخلقي، و لا خلاف فيه للفقهاء، و ذلك لانه وصفها بالطلاق في وقت لم تكن هي في ملكه (و لانه يمكن تصحيحه) اي تصحيح هذا الكلام (اخباراً عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) اي او يكون اخباراً عن كونه هذه المرأة مطلقة بتطليق غيره من

---

(١) التعين – ن – التعيين.

و لو تزوجها اول من امس وقع الساعة، لانه ما اسنده الى حالة منافية و لايمكن تصحيحه اخباراً ايضاً، فكان انشاء، و الانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة. و لو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء، لانه أسنده الى حالة منافية، فصار كما اذا قال طلقتك و أنا صبي او نائم او يصح اخباراً على ما ذكرنا، و لو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك او متى ما لم أطلقك، و سكت طلقت، لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق و قد وجد حيث سكت، و هذا لان كلمة متى و متى ما صريح في الوقت، لانهما من ظروف الزمان،

الازواج، و هذا لايستقيم ان كانت المرأة بكراً او ثيباً بغير نكاح او متوفى عنها زوجها، و لايستقيم الكلام الا في التعليل الاول، و هذا التعليل ايضا في نفس الامر تكرار، لان عدم النكاح يصدق على هذا، فافهم (و لو تزوجها اول من امس وقع الطلاق الساعة، لانه ما اسنده الى حالة منافية و لايمكن تصحيحه اخباراً ايضا) اي كما في المسألة السابقة، فلما لم يكن تصحيحه اخباراً (فكان انشاء، و الانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة) لان الانشاء ايجاب امر لم يكن، و الايجاب في الماضي انشاء في الحال فيكون طلاقاً في الحال (و لو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء، لانه أسنده الى حالة منافية) لانه اضاف الطلاق الى زمان مناف للطلاق، لانه لا وجود للطلاق قبل النكاح فلايقع (فصار) اي حكم هذا (كما اذا قال طلقتك و أنا صبي أو نائم) لانه اسنده الى حالة غير معهودة، فلايعتبر قوله في الاضافة (او يصح اخباراً) يعني يجعل قوله انت طالق، اخبارا عن عدم النكاح قبل التزوج في قوله انت طالق قبل ان اتزوجك لان حقيقة الصفة للاخبار، و امكن العمل بها فلايجعل انشاء (على ما ذكرنا) اشارة الى قوله - لانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج (و لو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك و سكت طلقت، لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق، و قد وجد حيث سكت) و هذا باتفاق الفقهاء (و هذا) توضيح لما قبله (لان كلمة متى و متى ما صريح في الوقت، لانهما من ظروف الزمان) اذ متى فانها لمبهم في الوضع، و لكن لما كان الفعل يليها دون الاسم جعلت للشرط و الابهام فيما دخل عليه يعني بين ان يوجد و بين ان لايوجد، فصحت المجازاة بها مع قيام معنى الوقت به، فاذا قال لامرأته انت طالق متى لم اطلقك يقع الطلاق عقيب اليمين لوجود وقت لم يطلقها فيه بعد كلامه و لم يقتصر على المجلس، لانه باعتبار ابهام فيه يعم جميع الازمنة، و اما

و كذا كلمة ما للوقت، قال الله تعالى ما دمت حياً أى وقت الحياة، و لو قال أنت طالق إن لم اطلقك لم تطلق حتى يموت، لان العدم لايتحقق الا باليأس عن الحياة، و هو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة و موتها بمنزلة موته هو الصحيح. و لو قال أنت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا تطلق حين سكت، لان كلمة اذا للوقت،

متى ما فانه ايضا متى في الاصل، فزيدت فيه كلمة ما فانها تستعمل للوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت (و كذا كلمة ما) اي تستعمل (للوقت) كما ذكرناه (قال الله تعالى ما دمت حياً اي وقت الحياة) و قال الله تعالى حكاية عن عيسى عليه الصلوة و السلام و اوصاني بالصلوة و الزكاة ما دمت حيا أي مدة دوامي حياً قلت شرطية ايضاً قال الله تعالى ما يفتح الله للناس من رحمة فلاممسك لها، و مايمسك فلامرسل له من بعده فينبغي ان لاتقع الا اذا كانت للوقت دون الشرط، و هي تكون شرطية من غير وقت، و للوقت بلاشرط، بخلاف متى و متى فانها اذا كانت للمجازاة فلاينفك عن الوقت. فاذا قلت متى القتال كانت للاستفهام عن زمان القتال و ليس فيه شرط، و اذا قلت متى تقم اقم معك كانت ظرفاً تضمنت معنى الشرط، و كذا متى ما (و لو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم) اي عدم التطليق (لايتحقق الا بالياس(١) عن الحياة، و هو الشرط) اي اليأس عن الحياة هو الشرط فاذا انتهى الى الموت و قد وجد اليأس فوجد الشرط، و المحل قائم و الملك باق، فوقع قبل موته بقليل و ليس لذلك القليل حد معروف باتفاق الفقهاء، ثم ان كان دخل بها فلها الميراث بحكم الفرار عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و ان لم يدخل بها فلاميراث لها (كما في قوله ان لم آت البصرة) يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لايقع الطلاق حتى يقع الاياس عن الاتيان، فاذا انتهى الى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط فوقع (و موتها بمنزلة موته) اي موت الزوج يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضاً (هو الصحيح) احترازاً عن رواية النوادر، فانه قال فيها لايقع الطلاق بموتها، و فائدة وقوع الطلاق عليها بعد موتها ان لايرث الزوج منها، لانها بانت قبل الموت فلاتبقى بينهما زوجية عند الموت، و شرط التوريث هذا و قد عدم (و لوقال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية (و قالا تطلق حين سكت) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (لان كلمة اذا للوقت،

---

(١) باليأس عن الحياة و في حاشية الهداية ص٣٤٥ ج٢ لمولانا عبدالحى رحمه الله تعالى قوله الا باليأس عن الحيوة و هو في زمان لايسع فيه تمام انت طالق.

قال الله تعالى اذا الشمس كورت و قال قائلهم، شعر:

و اذا تكون كريهة ادعى لها و اذا يحاس الحيس يدعى جندب

قال الله تعالى اذا الشمس كورت) استدلالهم بهذه الآية ضعيف، فان اذا فيها للشرط، و لهذا أتى فيها الجواب، و هو قوله تعالى علمت نفس ما قدمت و أخرت و الشمس مرفوعة بالفاعلية رافعها فعل مضمر يفسره كورت هكذا ذكره الزمخشري و رفعه بالفاعلية مذهبه وغيره يرفعه بالفعل المقدر المفسر على انه مفعول ما لم يسم فاعله. (و قال قائل، شعر:

و اذا تكون كريهة ادعى لها و اذا يحاس الحيس يدعى جندب)

و لم يبين المصنف قائل هذا البيت من هو، و عزاه الكاكي(١) الى عنترة العبسي و ليس بصحيح، و عزاه سيبويه الى رجل من يرحج، و قال ابورياش قائله همام بن مرة أخو جناس بن مرة قاتل كليب، و زعم ابن الاعرابي انه لرجل من بني عبد مناف قبل الاسلام بخمسمائة عام، و ذكر هذا و ان البيت من قصيدة من الكامل مع بيان لغاتها و اعرابها في الكتاب الذي صنفته و سميته بالمقاصد النحوية في شرح شواهد شرح الالفية. و قال الكاكي اول الشعر:

هل(٢) في القضية ان اذا استغنيتم و امنتم فانا البعيد الاجنب

قلت ليس كذلك، بل أوله:

يا ضمر أخبرني و ليس بكاذب و القول ما فعل الذي لايكذب
أمن السوية اذا استغنيتم و امنتم فانا البعيد الاجنب
و اذا الشدائد بالشدائد مرة اشجتكم فانا المحب الاقرب
و لجندب سهل البلاد و عذبها و الى الملاح و حزنهن المجذب
و اذا تكون كريهة ادعي لها و اذا يحاس الحيس يدعى جندب
هذا وجدكم الصغار بعينه لا أم لي ان كان ذاك و لا أب
عجبا لتلك قضية و اقامتي فيكم على تلك القضية اعجب

قوله - ياضمر اراد يا ضمرة فرخم. قوله - اشجتكم - من الشجة اذا عضبه. قوله - الملاح - بضم الميم و تشديد اللام نبات الحمص، و الحزن بالفتح ما حزن من الارض، و فيها غلاظة. قوله - و اذا يحاس الحيس - و هو تمر يخلط بسمن و اقط ثم يدلك حتى يختلط. قوله - وجدكم - الواو فيه للقسم، اي و حق حظكم و عنكم و سعدكم. و الصغار بالفتح الذلة

---

(١) الكاكي الخ كذا في حاشية الهداية لمولانا عبدالحي رحمه الله تعالى و نبذ منه في فتح القدير ص٣٧٣ ج٣.

(٢) هل في القضية الخ كذا في فتح القدير.

فصار بمنزلة متى و متى ما، و لهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لايخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت، و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يستعمل في الشرط أيضاً، قال قائلهم، شعر:

و استغن ما أغناك ربك بالغنى و اذا تصبك خصاصة فتحمل

(فصار) اي اذا (بمنزلة متى و متى ما) يعني في عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطاً و استوضح كونه بمعنى متى بقوله (و لهذا) اي و لاجل كونه بمعنى متي (لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لايخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت و لابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في الشرط ايضا) و اصل الخلاف(١) بين اهل اللغة و النحو الكوفيون يقولون اذا قد تستعمل للشرط ايضاً، و قد تستعمل للوقت على السواء و اذا كان بمعنى الشرط يسقط عنه معنى الوقت أصلا كحرف ان، و هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى، و عند البصريين حقيقة للوقت و للشرط يستعمل مجازاً و لايسقط منه معنى الشرط (قال قائلهم) اي قائل الجمع الذين قالوا انه يستعمل للشرط (شعر:

و استغن ما اغناك ربك بالغنى و اذا تصبك خصاصة فتحمل)

و معنى قوله - و ان تصبك - بالجزم، فلو كان لهما الجزم و دخل الفاء في جوابه، و هو محتمل، و البيت لعبد قيس بن خفاف، و هو من الكامل من قصيدة مشهورة في المعلقات و ما قبله، نظم

ابني(٢) ان أباك حارب يومه و اذا دعيت الى المكارم فاعجل
الله فاتقه و اوف بنذره و اذا حلفت مماريا فتحلل
و استغن ما اغناك ربك بالغني و اذا تصبك خصاصة فتجمل(٣)

---

(١) و اصل الخلاف الخ راجع نور الانوار ص١٤٣ و غيره من كتب اصول الفقه و المبسوط للسرخسي ص١١٢ ج٦. (٢) ابنى الخ راجع لهذه الابيات فتح القدير ص٣٧٤ ج٣ و فيه و البيت المذكور قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب و مصالح اولها

اجبيل ان اباك كارب يومه فاذا دعيت الى المكارم فاعجل

الخ فذكر ثمانية عشر بيتا مع اختلاف في بعض الالفاظ فاللفظ الاول مختلف فيه ايضا. (٣) قوله فتجمل اما بالجيم كما اختاره صاحب التلويح فالمعنى اظهر الغني من نفسك بالتزين و التكلف الجميل كيلا يقف على احوالك الناس او كل الجميل و هو الشحم المذاب تعففا كذا قال العلى القاري رحمه الله تعالى و اما بالحاء فهو من التحمل اي احتمال المشقة كذا في قمر الاقمار حاشية نورالانوار و في حاشية الدسوقي على مغني اللبيب ص١٠٠ قوله ما اغناك ما مصدرية ظرفية اي استغن مدة اغناء ربك اياك و بالغنى يحتمل ان يتنازعه =>

فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال و ان اريد به الوقت تطلق فلاتطلق بالشك و الاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها و على اعتبار انه للشرط يخرج، و الامر صار في يدها فلايخرج بالشك و الاحتمال، و هذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية. اما اذا نوى الوقت يقع في الحال، و لو نوى الشرط يقع في آخر العمر، لان اللفظ يحتملهما.

قوله - ابني - اي يابني. قوله - خصاصة - اي مجاعة و قوله فتجمل بالجيم اي كل الجميل بالجيم، و هو الشحم المذاب، و المراد الاكتفاء و القناعة بأدنى شيء، لانه اذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة (فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال، وان اريد به الوقت تطلق فلاتطلق بالشك و الاحتمال) فان قيل(١) النظر الى الشرطية يقتضي بقاء النكاح و الحل و النظر الى الوقتية يوجب الطلاق و الحرمة فاجتمعت الحرمة و الحل، فينبغي ان ترجح الحرمة كما عرف، قلنا هذا متروك في جميع صور التردد، فانه لو شك في الانتقاض بعد الطهارة، فان بقاءها يوجب اباحة الصلوة و بالنظر الى الانتقاض يحرم اداؤها، و مع هذا لايترجح الحرمة، و ان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لايحدث شيئاً، فلايكون من قبيل تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل، كذا قيل (بخلاف مسألة المشيئة) جواب عن قولهما كما في قوله متى شئت، و تقديره قوله (لانه على اعتبار انه) اي ان اذا (للوقت) اي لمعنى الوقت (لايخرج الامر من يدها و على اعتبار انه للشرط يخرج، والامر صار بيدها فلايخرج بالشك و الاحتمال) لان الشك لايعارض اليقين (و هذا الخلاف) اي المذكور بين ابي حنيفة و صاحبيه (فيما اذا لم تكن له نية) في قوله أنت طالق اذا لم اطلقك (و أما اذا نوى الوقت يقع) الطلاق (في الحال و لو نوى الشرط يقع في آخر العمر) بموت احدهما (لان اللفظ يحتملهما) اي يحتمل الوقت و الشرط، فاذا احتملهما على السواء يقع ما نوى بالاجماع و قيل اذا تستعمل للشرط مجازاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا عندهما فينبغي ان لايصدقه القاضي فيما اذا نوى به معنى ان، لان فيه تخفيفاً على نفسه، قيل في جوابه لما كثر استعماله في معنى الشرط فصار كالظاهر في حقه،

=> الفعلان و يحتمل تعلقه بالاول فقط و الخصاصة الفقر والحاجة و تجمل اما بالجيم اي اظهر الجمال و عدم الحاجة او كل الجميل و هو الشحم المذاب تعففا و اما بالحاء المهملة اي تكلف حمل هذه المشقة الخ دما مينى.

(١) فان قيل النظر الخ كذا في فتح القدير ص٣٧٥ ج٣ و فيه و ان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لايوجب شيئا انما ذالك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك و هناك يقع العمل بالدليل و الله سبحانه اعلم.

و لو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولاً به و القياس أنه يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولاً بها و هو قول زفر رحمه الله تعالى لانه وجد زمان لم يطلقها فيه و ان قل و هو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال، لان البر هو المقصود و لايمكنه تحقق البر(١) الا ان يجعل هذا ا لقدر مستثنى، و اصله(٢) من حلف لايسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته و اخواته على ما ياتيك(٣) في الايمان ان شاء الله تعالى

فجاز أن يصدقه القاضي، مع انه قيل حقيقة فيهما عنده، و فيه نوع تامل (و لو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) اي التطليقة الاخيرة المضافة الى المعلقة بعدم التطليق (معناه) اي معنى ما قاله محمد او القدوري (قال ذلك موصولاً به) قيد به لانه لو قال مفصولا يقعان بالاجماع قياساً و استحساناً، لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق (و القياس ان يقع المضاف) و هو قوله ما لم اطلقك (فيقعان) اي المضاف و التطليقة الاخيرة (ان كانت مدخولاً بها و هو) اي القياس (قول زفر رحمه الله تعالى لانه وجد زمان لم يطلقها فيه و ان قل، و هو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها) بيانه انه وجد ما بين اليمين، و وقوع الطلاق مقدار ما يقع فيه ستة أحرف، و شرط الحنث يستوى فيه القليل و الكثير (وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال) لان الحالف انما يحلف ليبر في يمينه و لم يمكنه البر في هذه الا ان يجعل الساعة التي تشتغل بالايقاع فيها مستثنى، فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين بدلالة الحال (لان البر هوالمقصود و لا يمكنه تحقيق البر، الا ان يجعل هذا المقدار) اي مقدار ما تشتغل بالايقاع فيه (مستثنى) عن اليمين (و أصله) اي اصل هذا الخلاف الذي وقع بيننا و بين زفر مسألة كتاب الايمان، اشار اليه بقوله (من حلف لايسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته) فانه لايحنث استحسانا و عند زفر رحمه الله تعالى يحنث قياساً (و أخواته) أي و اخوات من حلف، و هي قوله لايلبس هذا الثوب و هو لابسه فنزعه في الحال، و لايركب هذه الدابة و هو راكبها فنزل من ساعته لا يحنث(٤) خلافا لزفر رحمه الله تعالى (على ما يذكر في الايمان ان شاء الله تعالى) اي على ما يذكر أصل هذه المسألة و اخواتها في كتاب الايمان ان شاء

---

(١) تحقق - ن - تحقيق. (٢) اصله و المراد بالاصل النظير لا اصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا و بين زفر رحمه الله تعالى فتح القدير ص٣٧٦ ج٣. (٣) ما ياتيك - ن - ما يذكر. (٤) لايحنث و ان كان اللبس القليل و الركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع و النزول كذ في العناية.

و من قال لامرأة يوم أتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلاً طلقت، لان اليوم يذكر و يراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم، و الامر باليد لانه يراد به المعيار، و هذا اليق به و يذكر و يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى و من يولهم يومئذ دبره و المراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لايمتد، و الطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل و النهار. و لو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء، لانه نوى حقيقة كلامه

الله عزوجل (و من قال لامرأة يوم أتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلاً) اي في الليل (طلقت، لان اليوم يذكر و يراد به بياض النهار، فيحمل عليه) اى على بياض النهار (اذا قرن) اي اليوم (بفعل يمتد(١) كالصوم) فانه يمتد (و الامر باليد) كما في قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان (لانه يراد به المعيار) اي اراد باليوم المعيار اذا الفعل ممتد، و المراد بالمعيار ان يكون مقدرا بقدر الفعل كالصوم في اليوم (و هو أليق به) اي كون المعيار مراداً من اليوم أليق بالفعل الممتد، لان الفعل الممتد يحتاج الى وقت مديد و هو بياض النهار الذي صار المعيار عبارة عنه، بخلاف ما اذا لم يكن الفعل ممتداً، حيث لايحتاج الى وقت مديد بل يكفيه مطلق الوقت (و يذكر) اي اليوم (و يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى و من يولهم يومئذ دبره و المراد به مطلق الوقت فيحمل عليه) أى على مطلق الوقت (اذا قرن بفعل لايمتد و التزوج من هذا القبيل) أى مما لايمتد اذ لايقال تزوجتك شهراً و سنة، فلو قال ذلك يتأبد و يمتد، و في اكثر النسخ و الطلاق من هذا القبيل. قال الامام حميد الدين هذا يدل على أن المعتبر في الامتداد و عدمه جانب الجزاء لاجانب الشرط. و قال الاترازي اختلفوا(٢) في الفعل الذي لايمتد، قال صاحب الهداية اي انه الطلاق، لانه قال و الطلاق من هذا القبيل، اي مما لايمتد أبداً، قال شمس الائمة السرخسي و قال فخر الاسلام البزدوي و الصدر الشهيد العتابي انه التزوج (فينتظم الليل و النهار) و يقع الطلاق اذا قدم ليلا او نهاراً في قوله - انت طالق يوم يقدم فلان - و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه، و في الاصح عنده لايتناول الليل فلايقع الطلاق اذا قدم ليلاً (و لو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين) أى صدق (في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه) لان النهار(٣) بياض النهار

---

(١) يمتد و في فتح القدير ص٣٧٦ ج٣ و الافعال منها مايمتد و هو ما يصح ضرب المدة له كالسير و الركوب والصوم الخ و منها مالايمتد و هو مالايصح ضرب المدة له كالطلاق و التزوج الخ. (٢) اختلفوا الخ راجع لهذا المبحث الشروح الثلاثة للهداية ص٣٧٧ ج٣ و مابعده. (٣) لان النهار الخ و في العناية ص٣٧٦ ج٣ ههنا ثلاثة الفاظ النهار و الليل و اليوم اما النهار فللبياض خاصة و اما الليل فللسواد خاصة و ذالك حقيقتهما اللغوية و اما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار و مطلق الوقت بالاشتراك عند البعض والصحيح و هومذهب الاكثر =>

و الليل لايتناول الا السواد و النهار لايتناول الا البياض خاصة و هو اللغة.

فصل

و من قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء و ان نوى طلاقاً، و لو قال أنا منك بائن او عليك(١) حرام ينوي الطلاق فهي طالق. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقع الطلاق في الوجه الاول أيضاً اذا نوى، لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة

خاصة، و الليل السواد خاصة، واليوم يستعمل في بياض النهار، و مطلق الوقت بالاشتراك عند البعض، و الصحيح بطريق المجاز (و الليل لايتناول الا السواد و النهار لايتناول الا البياض خاصة و هو اللغة) يعني حقيقتهما اللغوية

(فصل)

اي هذا فصل في اضافة الطلاق الى النساء. و لما كانت هذه مخالفة لاضافة الطلاق الى الرجال ذكرها في فصل على حدة. و قال الاكمل ذكر فيه مسائل أخر متنوعة، و كان حقها أن تذكر في مسائل شتى. قلت ليس من حقها ما ذكره لان الذي ذكره في هذا الفصل كله من أنواع الطلاق، والمناسب ذكرها كلها في فصول الطلاق (و من قال لامرأته أنا منك طلاق فليس بشيء و ان نوى طلاقاً) هذه من مسائل الجامع الصغير، و صورتها فيه عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل يقول لامرأته أنا منك طالق، ينوى الطلاق، قال لايكون طلاقاً، انتهى. و هذا معنى قول المصنف فليس قوله – و إن نوى طلاقاً – واصل بما قبله (و لو قال أنا منك بائن او عليك) أي او قال انا عليك (حرام) حال كونه (ينوي الطلاق فهي طالق) هاتان الصورتان من تتمة مسائل الجامع الصغير المذكورة الاولى انا منك بائن ينوي الطلاق كان طلاقاً، الثانية قوله انا عليك حرام ينوي الطلاق كانت طلاقاً، و بقولنا قال احمد رحمه الله تعالى (و قال الشافعي(٢) رحمه الله تعالى يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى) الوجه الاول هو قوله انا منك طالق (لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت) أي المرأة (المطالبة) اي مطالبة

=> ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة الخ. (١) او عليك – ن – او انا عليك. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى راجع تكملة شرح المهذب ص٨٩ و ص٩٥ ج١٧ و في المغنى ص٢٧٨ ج٨ فان قال انا منك طالق لم تطلق زوجته نص عليه في رواية الاثرم و هو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه و الثوري و ابي عبيد و اصحاب الرأي و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و روى ذالك عن عثمان رضي الله تعالى عنه و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى تطلق اذا نوى به الطلاق و روى نحو ذالك عن عمر و ابن مسعود رضي الله عنهما و عطاء و النخعي و القاسم واسحاق رحمهم الله الخ.

بالوطئ كما يملك هو المطالبة بالتمكين، و كذا الحل مشترك بينهما و الطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافاً اليه كما يصح مضافاً اليها، كما في الابانة و التحريم. و لنا ان الطلاق لازالة القيد و هو فيها دون الزوج، الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر و الخروج، و لو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة، و الزوج مالك و لهذا سميت منكوحة، بخلاف الابانة

زوجها (بالوطئ كما يملك) اي الزوج (المطالبة) اي مطالبة المرأة (بالتمكين) اي تمكين نفسها من الزوج (و كذا الحل مشترك بينهما) اي بين الزوجين و ذلك محل استمتاع كل منهما بصاحبه و لانتهاء النكاح بموت كل منهما و تسمية كل واحد ناكحاً (و الطلاق وضع) أي شرعاً (لازالتهما) اي لازالة الحل والتمكين، و كل ما وضع كذلك (فيصحح مضافاً اليه) اي الى الزوج (كما يصح مضافاً اليها) اي الى المرأة (كما في الابانة و التحريم) اي كما يصح في قوله أنا منك بائن، و أنا عليك حرام. و هذا التعليل الذي علل به الشافعي رحمه الله تعالى غير مرضى(١) عند اكثر اصحابه فقالوا لو كان كذلك لما احتاج اضافة الطلاق اليه اي الى النية كما لايحتاج الاضافة اليها اي الى النية، بل المختار عند اصحابه ان على الزوج حجراً من جهتها من حيث انه لاينكح اختها و لا اربعاً سواها فيصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد، لان الاضافة الى الزوج غير معهودة، فاحتيج الى النية كذا في كتبهم (و لنا ان الطلاق لازالة القيد) اي القيد الحاصل بالنكاح (و هو) اي القيد (فيها) اي في المرأة (دون الزوج) يعني القيد للنكاح حصل للرجل على المرأة لا للمرأة على الرجل، ثم اوضح ذلك بقوله (الا ترى انها) اي المرأة (هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر و الخروج) اي و ممنوعة من الخروج و البروز، و الرجل ينطلق حيث يشاء و يريد و يستمتع بامائه و ان كثرت و بثلاث سواها (و لو كان) اي الطلاق (لازالة الملك) كما قال الشافعي رحمه الله تعالى (فهو عليها) اي فالملك عليها (لانها مملوكة و الزوج مالك) و هذا جواب عما قاله الشافعي رحمه الله تعالى بطريق التسليم بعد المنع فان الطلاق لازالة الملك، ثم اوضح ذلك بقوله (و لهذا) اي و لاجل كونها مملوكة (سميت منكوحة) و لما ملك بضعها وجب عليه المهر و النفقة و بمقابلته تملكه(٢) (بخلاف الابانة) اي بخلاف قوله - أنا منك بائن -

---

(١) غير مرضى الخ كذا في فتح القدير ص٣٧٨ ج٣. (٢) و بمقابلته تملكه و في العناية ص٣٧٩ ج٣ ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك و هذا لانها تملك بالنكاح المهر و النفقة في مقابلة النكاح و لايمكن ان يجتمع البد لان في ملك شخص واحد انتهى.

لانها لازالة الوصلة و هي مشتركة(١) و بخلاف التحريم لانه لازالة الحل، و هو مشترك فصحت اضافتهما اليهما، و لا تصح اضافة الطلاق الا اليها. و لو قال أنت طالق واحدة اولا فليس بشيء

(لانها) اي لأن الابانة (لازالة الوصلة و هي مشتركة بينهما) اي بين الزوجين، و لهذا جاز اضافتها الى كل واحد منهما الا ترى انه يقال بان عنها، كما يقال بانت عنه (و بخلاف التحريم) اي و بخلاف قوله - انا عليك حرام - (لانه) اي لان لفظ حرام (لازالة الحل و هو) اي الحل (مشترك) اي بينهما (فصحت اضافتهما) اي اضافة الحرام و الابانة (اليهما) اي الى الزوجين، الا ترى انه يقال حرم عليها كما يقال حرمت عليه (و لايصح اضافة الطلاق الا اليها) اي الى المرأة، لان الطلاق زوال القيد، و لما لم يكن القيد على الرجل لم يصح اضافة الطلاق اليه، و لان الطلاق لو وقع على المرأة لايخلو اما أن يثبت ابتداء او بناء على ثبوته في الرجل، فلايجوز الاول لعدم اضافة الطلاق اليها، و لايجوز الثاني ايضا، لان الرجل ليس طالقاً عن المرأة لعدم القيد فيه فلغى قوله - انا منك طالق - كما اذا قال لعبده انا منك حر، حيث لايعتق. فان قيل(٢) لانسلم عدم القيد في الرجل، و لهذا لايجوز له أن يتزوج اربعاً سواها عليها و اختها و ابنة اخيها، قيل له ذلك باعتبار عدم المشروعية لاباعتبار ان القيد واقع على الرجل (و لو قال أنت طالق واحدة اولا فليس بشيء) هذه مسألة الجامع الصغير، و صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل قال لامرأته انت طالق واحدة اولا ليس بشيء، انتهى، و كذا لو قال

---

(١) مشتركة - ن - مشتركة بينهما. (٢) فان قيل لانسلم الخ و في الكفاية ص٣٧٨ ج٣ فان قيل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها و اربع سواها فيكون مقيدا قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه لم يكن مشروعا لايكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء ما لم يقلد و ليس بمقيد و كذا الصبي عاجز عن التصرفات و ليس بمقيد فالمقيد الحقيقي من له الآلات السليمة لفعل المشي و البطش و بسبب القيد يمتنع عن ذالك فالمقيد الحكمي هكذا ينبغي ان يكون له آلات القدرة من العقل و البلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمرأة تقيدت بقيد رق النكاح عليها و لا رق في جانب الزوج و لكنه منهى عن نكاح الخمس و الجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلايكون حكماً لنكاح هذه المرأة و لا من اثره فكان اضافة الطلاق الى الرجل و انه لازالة القيد او الملك لغة و شرعا و لا قيد و لا ملك في الرجل فيكون اضافة الشيء الى غير محله فيلغو بخلاف الابانة و التحريم لان التحريم لاثبات الحرمة و الابانة لقطع الوصلة لغة و الحل و الوصلة مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما و قوله و الحل مشترك و الطلاق وضع لابطاله قلنا الطلاق ما وضع لابطال الحل بل لرفع القيد او الملك و الحل الثابت لها عليه يكون تبعا لاقصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها انتهى.

قال رحمه الله هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف و هذا قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى و ابي يوسف رحمه الله تعالى آخراً، و على قول محمد رحمه الله تعالى و هو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اولا تطلق واحدة رجعية، ذكر قول محمد رحمه الله تعالى في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة او لا شيء و لا فرق بين المسألتين، و لو كان المذكور هاهنا قول الكل فعن محمد رحمه الله تعالى روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق اولا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلايقع ولهما ان الوصف

انت طالق اولا او غير طالق لايقع شيء و به قال الشافعي و مالك و احمد و على هذا الخلاف لو قال انت طالق ثلاثا او لاشيء (قال) اي قال المصنف رحمه الله تعالى (هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف) بين ابي حنيفة و صاحبيه و قال في الاصل و ان قال انت طالق واحدة او لا شيء فهي طالق واحدة رجعية في قول محمد و قول ابي يوسف الاول، و لم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل كما ترى، و نقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق املاء ابي سليمان قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى لايقع الطلاق، ثم قال صاحب الاجناس و كذا ذكره عن ابي حنيفة رحمه الله تعالي في الجرجانيات (و هذا قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى آخراً) اي المذكور من قوله أنت طالق واحدة او لا فليس بشيء (و على قول محمد و هو قول ابي يوسف رحمهما الله تعالى اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لاشيء و لا فرق بين المسألتين) اي من قوله انت طالق واحدة او لا، و من قوله انت طالق واحدة او لاشيء، لانهما في المعنى واحد، يعني لافرق بينهما في حق التردد في الايقاع او في الوضع (و لو كان المذكور هاهنا قول الكل فعن محمد رحمه الله تعالى روايتان) اي لو كان المذكور في الجامع الصغير قول الثلاث فيكون عن محمد روايتان، لانه ذكر قول الثلاثة عن محمد في طلاق المبسوط انه يقع واحدة رجعية ليذكر الخلاف في الجامع الصغير، و هذا يستلزم ورود الروايتين عنه (له) اي لمحمد رحمه الله تعالى (انه) اي ان الرجل الذي قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء (ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها) اي بين الواحدة (و بين النفي) و هو قوله لاشيء (فيسقط اعتبار الواحدة و يبقى قوله انت طالق) سالما من الشك، فتقع طلقة واحدة رجعية (بخلاف قوله انت طالق او لا، لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلايقع) شيء (و لهما) اي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الوصف)

متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد، الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً و لو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث و هذا لان الواقع في الحقيقة، انما المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما مر، و اذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الايقاع، فلايقع شيء، و لو قال أنت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء. لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له، لان موته ينافي الاهلية و موتها ينافي المحلية و لابد منهما

و هو قوله انت طالق (متى قرن بالعدد) مثل ان يقول انت طالق واحدة او اثنتين او ثلاثاً (كان الوقوع) اي وقوع الطلاق (بذكر العدد) و هو قوله واحدة، انما اطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث انه اصل العدد (الاترى انه) توضيح لما قبله، اي الاترى ان الرجل (لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً) بالاتفاق، فعلم ان الوقوع بالعدد (و لو كان الوقوع) اي وقوع الطلاق (بالوصف للغا ذكر الثلاث) يعني لو كان بقوله انت طالق لما وقع الثلاث، فعلم ان الوقوع بالعدد لا بالوصف (و هذا) اشار به الى قوله و لو كان الوقوع بالوصف (لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف، معناه انت طالق تطليقة واحدة على مامر) اراد بقوله ان الوقوع بالعدد لا بالصفة و هي طالق، لكن العدد وقع نعتاً لمحذوف، اي تطليقة واحدة، فالمنعوت هو الواقع في الحقيقة فافهم (و اذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في اصل الايقاع فلايقع شيء) الضمير في له يرجع الى الموصول و هو قوله ما و هو عبارة عن التطليقة المحذوفة، و اراد بقوله العدد الواحد و قوله كان الشك الى آخره جواب قوله اذا كان (و لو قال انت طالق مع موتي او مع موتك) اي او قال انت طالق مع موتك (فليس بشيء) اي هذا القول ليس بشيء حتى لايقع به طلاق، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و هذه من مسائل الجامع الصغير و ليس فيه خلاف، و كذا اذا قال انت طالق بعد موتي او بعد موتك بل اولى (لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له) اي للطلاق (لان موته) اي لان موت الرجل (ينافي الاهلية) اي للطلاق (و موتها) اي موت المرأة (ينافي المحلية) اي كونه محلاً للطلاق (و لابد منهما) اي و لابد لوقوع الطلاق من الاهلية و المحلية، لان الطلاق(١) معلق بوجود الموت، فصار الموت

---

(١) لان الطلاق الخ و في الكفاية ص٣٨١ ج٣ معنى قوله مع موتي بعد موتي الاترى انه لوقال انت طالق مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا و لاتطلق الابعد الدخول فكذالك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته او بعد موتها و لانكاح بينهما بعد موت احدهما لان مع للمقارنة و حال موت احدهما حال ارتفاع =>

و اذا ملك الزوج امرأته او شقصاً منها او ملكت المرأة زوجها او شقصاً منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين، اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية و المملوكية، و أما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري و لا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى. و لو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء، لان الطلاق يستدعي قيام النكاح و لا بقاء له

شرطاً كما لو قال انت طالق مع دخولك الدار و الجزاء يعقب الشرط، فكان هذا ايقاعاً له بعد الموت و لا ملك بعد الموت، و لان النكاح موقت بحياتهما، فبموت احدهما ينتهي لوجود غايته و الحكم لايبقى بعد الغاية، و في الجامع قال و الله لااقربك حتى تموتي او اموت صار موليا فكانه قال و الله لا اقربك مادام النكاح بيننا (و اذا ملك الزوج امرأته) اي اذا ملك الرجل امرأته بشراء او ارث او هبة او صدقة (او شقصاً منها) اي او ملك الرجل شقصاً من امرأته، و الشقص بالكسر السهم قاله ابن دريد (او ملكت المرأة زوجها) يعني بشراء او نحوه كما ذكرنا (او شقصاً منه) اي او ملكت المرأة شقصاً من الزوج (وقعت الفرقة) جواب اذا، يعني يرتفع النكاح من بينهما بالفسخ و هذا قول الجمهور، و به قالت الائمة الثلاثة و الظاهرية رحمهم الله تعالى و في التمهيد عن عبدالله بن عتبة و الشعبي و النخعي رحمهم الله تعالى انها لو ملكت زوجها فاعتقته حين ملكته كانا على نكاحهما لو ملكها الزوج و وطئها بملك اليمين بعده و لو ملك بعضها ينفسخ النكاح و لايطأها. و قال قتادة لم يزدد منها الا قربا و يطأها بنكاحه و هو مشذوذ (للمنافاة بين الملكين) و هما ملك النكاح و الملك بالشراء و نحوه (أما ملكها إياه) اي اما ملك المرأة زوجها (فللاجتماع بين المالكية و المملوكية) و هو مستحيل لان ملك الرقبة يقتضي ان يكون خادماً و ملك النكاح يقتضي أن يكون مخدوماً فاستحال اجتماعهما (و أما ملكه اياها) اي و اما ملك الرجل امرأته (فلان ملك النكاح ضروري) بيانه ان اثبات الملك على الحرة على خلاف القياس و انما يثبت ضرورة الحل لبقاء النسل (و لاضروة مع قيام ملك اليمين) لانه لما طرأ عليه ملك اليمين و هو الحل القوي (فينتفي) الحل الضعيف و في تملك الشقص(١) و ان كان لايثبت الحل و لكن يثبت الملك فقام مقام الحل، لانه دليل عليه، بخلاف المكاتب اذا اشترى منكوحته حيث لايبطل النكاح لان الثابت في كسبه حق الملك و حق الملك(٢) لايمنع حق النكاح (و لو اشتراها) اي و لو اشترى الزوج امرأته الامة (ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح و لا بقاء له)

=> النكاح و الطلاق لايقع الا في حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع و الحكم يعقب السبب و لا يقترن به انتهى. (١) و في تملك الشقص الخ كذا في الكفاية و الفتح.
(٢) و حق الملك الخ و في الفتح و الكفاية و حق الملك لايمنع بقاء النكاح.

مع المنافي لا من وجه و لا من كل وجه، و كذا اذا ملكته او شقصاً منه لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة. و عن محمد رحمه الله تعالى انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك(١) حتى حل وطؤها له و ان قال لها و هي أمة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة، لانه علق

اي للنكاح (مع المنافي) و هو ملك اليمين (لا من وجه) يعني من حيث العدة، لانها أثر من آثاره، فلايجب مع وجود المنافي، و الا لكان ملك الناح باقياً من وجه (و لا من كل وجه) يعني من حيث ملك النكاح و على هذا كان قوله لا من وجه و لا من كل وجه متعلقاً بقوله و لابقاء. و قال الاكمل(٢) - و قيل لا من وجه - يعني اذا ملك الشقص و لا من كل وجه، يعني اذا ملك الجميع و على هذا يتعلق بقوله مع المنافي، انتهى. قلت هذا القول الذي اشار اليه الاكمل بقوله و قيل هو قول الاترازي، هكذا فسره في شرحه (و كذا اذا ملكته) اي و كذا لايقع الطلاق اذا ملكت المرأة الحرة زوجها و هو عبد بميراث او غيره (او شقصاً منه) اي او ملكت شقصاً من زوجها (لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة) بين المالكية و المملوكية (و عن محمد رحمه الله تعالى انه يقع) اي الطلاق في الصورة الثانية لوجوب العدة عليها، و الطلاق يعتمد ملك النكاح او قيام العدة، و لهذا تجب العدة، و لهذا لايحل له وطؤها (لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول) و هو ما اذا ملك الزوج امرأته (لانه لاعدة هنالك، حتى حل وطؤها له) اي لاعدة(٣) في حق مولاها الذي يملكها. و في الكافي فان قيل اليس انه لايجوز له التزويج، و هذا دليل على الوجوب(٤) قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل انه لو زوجها من آخر جاز، و الصحيح انه لايجوز تزويجها من آخر فعلم انه لاتجب العدة عليها في حق من استبرأها، و في حق غيره روايتان(٥) و هذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم من الماء، و يستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطئ (و ان قال لها) اي و ان قال رجل لامرأته (و هي امة لغيره) اي و الحال انها امة لغيره (انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك) اي اعتاق مولاك اياك فاستعير الحكم لعلته لان العتق حكم الاعتاق، و الدليل عليه انه قال بعده علق التطليق بالاعتاق او العتق، لان الاعتاق يضاف حقيقة الى المولى لا العتق (فاعتقها) يعني مولاها (ملك الزوج الرجعة، لانه علق

---

(١) هنالك - ن - هناك. (٢) الاكمل في العناية ص٣٨٢ ج٣. (٣) لاعدة الخ و في العناية لاعدة هناك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لايظهر اثر عدتها بدليل حل وطئها و اما العدة في نفسها فواجبة حتى انه لو اعتقها ليس لها ان تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها. (٤) على الوجوب اى على وجوب العدة الكفاية. (٥) روايتان الخ كذا في الكفاية.

التطليق بالاعتاق او العتق، لان اللفظ ينتظمهما، و الشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود و للحكم تعلق به، و المذكور بهذه الصفة و المعلق به التطليق، لان في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا، و اذا كان التطليق معلقاً بالاعتاق، او العتق يوجد بعده، ثم الطلاق يوجد بعد

التطليق بالاعتاق او العتق) اي بالعتق الحاصل باعتاق المولى (لان اللفظ) و هو قوله مع عتق مولاك (ينتظمهما) اي ينتظم الاعتاق و العتق على طريق البدل لا الشمول، لاستحالة الحقيقة و المجاز مرادين، و بهذا يندفع قول الاترازي. و لنا في قوله - لان اللفظ ينتظمهما - نظر، لانه حينئذ يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز (و الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود) اي و قد علم ان الشرط ما يكون معدوماً و يكون على خطر الوجود و العتق و الاعتاق بهذه المثابة شرط على خطر الوجود (و للحكم تعلق به) اي و قد علم ايضا ان للحكم تعلقا بالشرط، لانه موقوف على وجود الشرط (و المذكور) اي العتق (بهذه الصفة) يعني معدوم على خطر الوجود و للحكم تعلق به، فيكون شرطا (١) لانه جعل التطليق متصلا بالعتق، و ذلك التعلق اما ان يكون تعلق العلة بالمعلول او الشرط بالمشروط و الاعتاق و العتق لايكون علة لتطليق الزوج، و كذا تطليق الزوج لايكون علة لاعتاق المولى و العتق الحاصل به و الطلاق تعلق به، و هو معنى قوله (و المعلق به) اي بالعتق (التطليق) لا الطلاق عندنا لما تقرر في الاصول ان اثر التطليق في منع السبب لا في منع الحكم (لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا) بناء على ان الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول، و قال تاج الشريعة قوله - لان في التعليقات ... الى آخره - يعني ان المعلق بالشرط عندنا لاينعقد سببا، و الشرط يمنع الانعقاد، و عند الشافعي يؤخر الحكم (و اذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده) اي يوجد التطليق بعد الاعتاق او العتق، لان المشروط مع الشرط يتعاقبان (ثم الطلاق يوجد بعد

---

(١) فيكون شرطا الخ و في الكفاية ص٣٨٤ ج٣ و انما قلنا انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق و ذا لايتصور الا بان يتعلق احدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط او يتعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول او يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة و الثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحدة او بعلة واحدة و كذا الثاني لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول و استحال ان يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلارضاه فتعين تطليق الطلاق بالاعتاق و قد وجدت امارة الشرط في الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود و للطلاق تعلق به و المعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما عرف ان اثر التعليق في منع السبب فيصير التعرف تعليقاً عند الشرط و عنده صار تطليقاً زمان التكلم انتهى.

التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق، فيصادفها و هي حرة فلاتحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى(١) شيء، و هو أن كلمة مع للقران. قلنا قد يذكر(٢) للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا

التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق) بالضرورة (فيصادفها) اي يصادف الطلاق المرأة (و هي حرة) اي و الحال انه حرة عند المصادفة (فلاتحرم حرمة غليظة بالثنتين) اي التطليقتين، و عند الشافعي رحمه الله تعالى العتق و الطلاق وقعا معا فلم يكن رجعيا في اظهر قوليه بعد وقوع الطلاق لكن عنده صورة المسألة فيما اذا قال العبد لامرأته انت طالق مع عتق مولاي اياي لان عنده اعتبار الطلاق بالرجال، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و في قول عنه يحرم حرمة غليظة لان العتق لو تقدم وقوع الطلاق فصار كما لو طلقها اثنتين ثم عتق. و في الكافي و ذكر في الهداية لانه علق التطليق بالعتق الى آخره، و هو مشكل، لانه اريد به الاعتاق هاهنا، فاستعير الحكم عن علته، الا ترى الى قوله - اياك - و لا تستعمل ذلك الا في الفعل المتعدي قيل في جوابه ليس بمشكل، لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل من الاعتاق و قد بينا ان كل واحد يصلح شرطا اذ كل منهما على خطر الوجود، و يكون قوله مع عتق مولاك اياك مع العتق الحاصل من اعتاق مولاك اياك، فلهذا أول المصنف قوله - علق العتق بالاعتاق او العتق. فان قلت كيف سمي المصنف اضافة الطلاق الى زمان الاعتاق تعليقاً، و المعلق غير مضاف، قلت أجيب بانه سماها تعليقا مجازاً لا حقيقة، لان التعليق توقيف الامر على أمر بحرف الشرط، فلما وجد توقف إلطلاق على العتاق سماه تعليقاً و ان لم يذكر لحوق الشرط فصار كأنه قال انت طالق ان اعتق مولاك (يبقى شيء) اي اشكال (و هو ان كلمة مع للقران) عند ارباب اللسان، حاصل هذا انه اعتذار عما ورد على كلامه، حيث قال يكون الطلاق متأخراً عن العتق فورد عليه بان قال لانسلم انه متأخر عنه، لانه كلمة مع للقران و الصحبة، فقال سلمنا ذلك لكن (قلنا قد يذكر) اي لفظ مع (للتأخر) مجازاً (كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا) لانه لايمكن المعية بين العسر و اليسر للتضاد بينهما، فيحمل على التاخير، و تحقيقه ان كلمة مع قد تذكر للاقتران في زمان الوجود، و قد تذكر للاقتران في اصل الوجود كما في قوله تعالى و اسلمت مع سليمان و كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فلو كان المراد هو الاول يحرم حرمة غليظة و لو كان المراد هو الثاني لايحرم و الحرمة الغليظة لم تكن ثابتة فلاتثبت بالشك و الاحتمال فان قيل(٣) ينتقض هذا بما ذكر في الجامع بقوله لامرأته انت

---

(١) يبقى - ن - بقى. (٢) يذكر - ن - تذكر. (٣) فان قيل ينتقض الخ كذا في الكفاية ص٣٨٥ ج٣ و =>

فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط. و لو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين. و قال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و عدتها ثلاث حيض، و هذا عند أبي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق،

طالق مع نكاحك، حيث لم يصح و لم يصر معنى الشرط، فينبغي ان يكون كذلك، كما في قوله مع عتق مولاك الى آخره و اجيب بان العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار انه مالك للتطليق تنجيزا و تعليقا، فكان من ضرورة صيانة كلامه ان يحمل على معنى الشرط، اما هاهنا لم يملك الطلاق، و الطلاق مع النكاح متنافيان، فلايلزم العدول عن معنى القران، فيلغو ضرورة. و قال الكاكي و هذا الجواب لم يتضح لي لانه تمليك بتعليق الطلاق بالنكاح، فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه (فيحمل عليه) اي اذا كان الامر كذلك فيحمل لفظ مع على التاخر، كما في الآية الكريمة (بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط) لضرورة تصحيح الكلام (و لو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين) اي و لو قال الرجل لامرأته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين (و قال المولى اذا جآء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره) لانها حرمت عليه حرمة غليظة (و عدتها ثلاث حيض) اي عدة الحرائر، و هذه المسألة لاخلاف فيها على رواية ابي سليمان الجرجاني، و فيها الخلاف على رواية ابي حفص الكبير، اشار اليه بقوله (و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى زوجها يملك الرجعة) يعني لاتحرم حرمة غليظة. و للشافعي رحمه الله تعالى قولان، لكن صورة المسألة عنده في العبد كما ذكرنا(١) (لان الزوج قرن الايقاع) اي ايقاع الطلاق (باعتاق المولى، حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق) و ذلك ان الزوج اضاف الطلاق الى زمان

=> العناية ص٣٨٣ ج٣ بالفاظ مختلفة فلفظ الكفاية فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك و لم يصح ذالك قلنا هنا مالك للانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه فعدلنا عن الحقيقة لذالك و ثمة لايملك الانشاء فلم يعتبر كلامه إلا في صريح الشرط انتهى و لفظ العناية على هذا التقرير يجب ان يقع طلاق من قبل لها و هي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن يقع و الجواب بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة من يملك التصرف في ذالك تنجيزا او تعليقا مطلقا و فيما ذكرتم ليس كذلك فانه لايملك التنجيز و لا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط و لايلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك انتهى. (١) كما ذكرنا اي قريبا تحت قول المصنف فلاتحرم =>

و انما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط، و العتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة،

اضاف اليه المولى الاعتاق و هو مجيء الغد (و انما ينعقد المعلق سببا عند الشرط) يعني المعلق انما يكون سببا للايقاع عند وجود الشرط، فكأنا مقترنين في السببية فحكمها أيضا كذلك (و العتق يقارن الاعتاق لانه) اي لأن الاعتاق (علته) اي علة العتق و العلة مع المعلول يقترنان عند الجمهور، و عند البعض يتعاقبان في العلة الشرعية و التصرفات الشرعية بمنزلة الجواهر (أصله(١) الاستطاعة مع الفعل) يعني الاستطاعة التي يحصل بها الفعل لاتسبق الفعل، لان الفعل معلول لها فيفترقان في الحكم، لانها لوسبقت لايخلو اما ان تبقى الى زمان وجود الفعل أولا، فيلزم في الاول قيام العرض بالعرض، و في الثاني يلزم حصوص الفعل بلاقدرة، و هو محال، فكذا الاعتاق لايستبق العتق، لان العتق معلوله (فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة) لان الاعتاق أيضا مقارن بمجيء الغد، لان المقارن لمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء لامحالة، فالطلاق بعد العتق فاسد، لان الطلاق حكم التطليق لايتأخر عنه، و التطليق يقارن الاعتاق، و الاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء، فكيف يقع بعده و قال الكاكي لا يتضح قول محمد الا ان يوصف حكم العلة يتأخر عن العلة كما هو مذهب البعض كما وصفه شمس الائمة في مسألة انت طالق مع عتق مولاك اياك الى آخره. و قال تاج الشريعة، اختلف المشائخ في جواز تاخير المعلولات عن العلل الشرعية، بعضهم قالوا لايجوز ذلك، و بعضهم جوزه، لان العلل الشرعية بمنزلة الجواهر على ما عرف، فمحمد أخذ في الطلاق بجواز التاخر، و في العتق بالمقارنة. و وجه ذلك ان الطلاق مختص ببطيء الثبوت لتحققه مع المنافي، و الاعتاق مختص بسرعة الثبوت، لكنه على وفاق الدليل فيقدم على الطلاق فيصادفها الطلاق و هي حرة، فيملك الرجعة، و لهذا يتأخر الملك في البيع الفاسد عن البيع الى زمان القبض، بخلاف البيع الصحيح لما ذكرنا ان احدهما على وفق الدليل، و الآخر على خلافه، انتهى. و علل ركن الاسلام القاضي ابوالحسن السعدي رحمه الله تعالى. لمحمد رحمه الله تعالى ان العتق و ان كان يقارن الاعتاق، لكن العتق لاينزل ما لم يزل الرق و الرق مع العتق لايجتمعان في محل واحد فيكون نزول العتق بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية و قيل في الجواب(٢)

=> حرمة غليظة بالثنتين. (١) اصله اي اصل ما ذكرنا و قاعدته ان الاستطاعة اي القدرة مع جميع ما يتوف عليه التاثير يقارن الفعل كذا في حاشية هداية ص٣٤٨ ج٢. (٢) و قيل في الجواب الخ راجع لهذا المبحث الشروح الثلاثة للهداية ص٣٨٤ الى ص٣٨٦ ج٣ و لفظ الكفاية فان قيل التطليق يقارن الاعتاق لتعلقهما =>

فتطلق بعد العتق، فصار كالمسألة الاولى، و لهذا يقدر(١) عدتها بثلاث حيض، و لهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق، ثم العتق يصادفها و هي امة فكذا الطلاق و الطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة،

انه يجوز ان يكون مراده بقوله بعد العتق اي معه كما ان مراده بقوله مع عتق مولاك اياك، اي بعد عتق مولاك اياك، و قيل المعلق بالشرط كالمرسل عنده فيكون قول المولى عند الشرط حرة. و قول الزوج طالق مقترنين في زمان واحد و يتأخر ثنتين عن الحرية ضرورة فيقعان عليها، و هي حرة (فصار كالمسألة الاولى) و هي قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك (و لهذا تقدر عدتها بثلاث حيض) هذا ايضاح لقوله فتطلق بعد العتق بيانه ان الطلاق صادف الحرة و لهذا تعتد بثلاث حيض، فلو صادف الامة لزمها الاعتداد بالحيضتين، هكذا شرحه الاترازي، ثم قال و على هذا الاستدلال الذي اورده صاحب الهداية نظر، لان الاعتداد بثلاث حيض باعتبار انها حرة زمان وجوب العدة كما في المسألة الاولى، باعتبار ان الطلاق صادف الحرية، انتهى. قلت هذا الاستدلال الذي ذكره ثم نسبه لصاحب الهداية ثم نظر فيه، و لم يذكره صاحب الهداية هنا على ما يخفى (و لهما) اي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (انه) اي الزوج (علق الطلاق بما علق به المولى العتق) و هو مجيء الغد (ثم العتق يصادفها و هي أمة) اي و الحال انها أمة (فكذا الطلاق) يصادفها و هي امة (و الطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة) فلايملك

=> بشرط واحد و يلزم من ذالك ان يكون وقوع العتق و الطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق قلنا الجواب عنه من وجهين احدهما ان مشائخنا اختلفوا في ان الاحكام الشرعية هل تتأخر عن عللها او تقارنها كما في العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من يقول يتاخر المعلول عن علته في الشرعيات و في الاعتاق قول الآخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة في الشرعية و انما اختار هذا لان العتق اسرع نفوذا لكونه مندوبا و الطلاق ابطأ ثبوتا لكونه مبغوضا او لان لاتلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط و لاشك انه تقدم في الوجود اوجزهما لفظا في الارسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق و قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين فيستقيم قوله تطلق بعد العتق و الثاني يجوز ان يكون المراد بقوله بعد العتق مع العتق كما ان المراد من قوله انت طالق مع عتق مولاك اياك بعد عتق مولاك اياك في المسئلة المتقدمة و على هذا التاويل يتاتى التقريب ايضا لان وقوع الطلاق اذا كان مصادفا لحال ثبوت العتق كالجسم يكون اسود حال اسوداده و يكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك و لهذا تعتد بثلاث حيض و هذا آية كونها حرة حال الطلاق انتهى. (١) يقدر – ن – تقدر.

بخلاف المسألة الاولى، لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه و بخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط، و كذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط و لا وجه الى ما قال، لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق و وصفه

و من قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام و السبابة و الوسطى فهي ثلاث،

الرجعة (بخلاف المسألة الاولى، لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه) اي في المسألة الاولى، و هو ان الشرط مقدم على المشروط (و بخلاف العدة لانه) اي لان الشأن (يؤخذ فيها بالاحتياط) صيانة لامر الدين (و كذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط و لاوجه الى ما قال) اي محمد رحمه الله تعالى (لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته) أي لان الاعتاق علة العتق (فالطلاق يقارن التطليق، لانه علته) اي لان التطليق علة الطلاق (فيقترنان) اي الاعتاق و التطليق، يعني كما ان الاعتاق يصادفها، و هي أمة فكذلك التطليق يصادفها و هي امة.

(فصل في تشبيه الطلاق و وصفه)

اي هذا فصل في بيان تشبيه الطلاق. و لما ذكر أصل الطلاق و تنويعه شرع يذكر وصفه على حدة، لكونه تابعاً (و من قال لامرأته انت طالق هكذا يشير) اي حال كونه يشير (بالابهام و السبابة و الوسطى فهي ثلاث) أى ثلاث تطليقات، و قد طعن بعض الجهال على محمد رحمه الله تعالى في قوله - و السبابة - لانه ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير هكذا، و قال انه اسم جاهلي و الاسم الشرعي المسبحة، و ورد عليه بأن السبابة وردت أيضا في الشرع، و قد روي الطحاوي(١) من حديث موسى بن أبي عامر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله تعالى عنه ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور، فدعى رسول الله صلي الله عليه وسلم بماء فتوضأ فأدخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه و بالسبابتين باطن اذنيه، على ان في النسخ السباحة، فكان السبابة و السباحة أيضا وردت في الحديث. و قد روى النسائى(٢) و ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا

---

(١) الطحاوي باب حكم الاذنين في وضوء الصلوة ص٢٩ ج١. (٢) النسائي الخ ماوجدت حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا الخ في مظانه في النسائي لا في الصغرى و لا في الكبرى و لا في سنن ابن =>

أتي النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله كيف الطهور، فدعى بماء في اناء فغسل كفيه

=> ماجة نعم اخرج النسائي في باب مسح الاذنين مع الراس ص٢٩ج١ عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا.... ثم مسح برأسه و اذنيه باطنهما بالسباحتين و في نسخة بالسبابتين و اخرج ابن ماجة في باب ماجاء في مسح الاذنين ص٣٥ عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح اذنيه داخلهما =>
=> بالسبابتين الحديث و في فتح القدير ص٣٨٦ ج٣ ورد ايضا في رواية ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السبابتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة الخ. و قد ورد لفظ السبابة في الاحاديث المرفوعة الكثيرة مثلا عند البخاري باب اللعان ص٧٩٩ ج٢ عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثت انا والساعة كهاتين و قرن بين السبابة و الوسطى و في حديث آخر عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا و كافل اليتيم في الجنة هكذا و اشار بالسبابة و الوسطى و عند مسلم في باب صفة الجلوس في الصلوة ص٢١٦ ج١ عن ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قعد في التشهد...... و اشار بالسبابة و عن ابن الزبير رضي الله عنه و اشار باصبعه السبابة و في باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ص٣٩٧ ج١ عن جابر رضي الله تعالى عنه في حديث طويل فقال باصبعه السبابة يرفعها الى السماء و في كتاب الزهد باب فضل الاحسان الى الارملة و المسكين ص٤١١ ج٢ عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كافل اليتيم له او لغيره انا و هو كهاتين في الجنة و اشار بالسبابة و الوسطى و عند ابي داود في باب الاشارة في التشهد ص١٤٩ ج١ في رواية ابن الزبير رضي الله عنه و اشار بالسبابة و في رواية نمير الخزاعي رضي الله عنه رافعا اصبعه السبابة و في باب رفع اليدين ص١١٢ ج١ في حديث وائل بن حجر رضي الله عنه مرفوعا و اشار بالسبابة و في باب كيف الجلوس في التشهد ص١٤٥ ج١ في رواية وائل بن حجر رضي الله عنه مرفوعا و اشار بالسبابة و في باب مايذكر الامام في خطبته بمنى ص٢٧٧ ج١ في رواية عبدالرحمن بن معاذ رضي الله عنه مرفوعا فوضع اصبعيه السبابتين و في كتاب الادب باب في فضل من عال يتامى ص٣٥٤ ج٢ عن عوف بن مالك رضي الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا و امرأة سفعاء الخدين كهاتين يوم القيامة و اومأ يزيد رحمه الله بالوسطى و السبابة و عند الترمذي في باب كيف الجلوس في التشهد ص٣٩ ج١ في رواية ابي حميد رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم جلس يعني للتشهد....... و اشار باصبعه يعني السبابة و في كتاب الجمعة باب كراهية رفع الايدي على المنبر ص٦٨ ج١ في حديث عمارة رضي الله عنه و اشار هشيم بالسبابة و في كتاب الفتن باب ما جاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم بعثت انا و الساعة كهاتين ص٤٤ ج٢ من رواية المستورد بن شداد رضي الله عنه لاصبعيه السبابة و الوسطى و عند النسائى باب موضع الكفين ص١٨٧ من رواية ابن عمر مرفوعا و اشار بالسبابة و باب النهي عن الاشارة باصبعين ص١٨٧ ج١ من رواية سعد رضي =>

لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم، قال عليه الصلوة و السلام الشهر هكذا و هكذا .... الحديث.

ثلاثاً ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم مسح برأسه و أدخل اصبعيه السباحتين في اذنيه و مسح بابهاميه ظاهر اذنيه، و بالسباحتين باطن اذنيه ثم غسل رجليه ثلاثاً ثم قال هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا او نقص فقد اساء و ظلم، او ظلم و أساء. و قال الاترازي المعتبر في اللغات استعمال العرب العربا لا استعمال اهل الحضر و المولدين، فاستعمال السبابة اولى لكونها لغة العرب الفصيح، و عدم النهي عن التكلم بها انتهى. قلت لافائدة في هذا الذي قاله أصلا، لان كل واحدة من السباحة و السبابة استعملت في الشرع كما ذكرنا، و أيضا دعواه الاولوية في السبابة غير موجه على ما لايخفى (لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت) اي الاشارة (بالعدد المبهم) و هو ان يقول هكذا. و قال العتابي في شرحه قوله يشير بالابهام والسبابة و الوسطى يريد به الاشارة بالاصابع التي اعتاد الناس الاشارة بها و بين الاصابع الاخر. و قال تاج الشريعة يعني يشير بالثلاثة بمرة واحدة و في المغنى(١) و ان قال هكذا، و اشار بها وقع الثلاث، (قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلي الله عليه وسلم (الشهر هكذا و هكذا... الحديث) روى عن ابن عمر(٢) عن سعد بن ابي وقاص و عن عائشة رضي الله تعالى عنهم، و حديث ابن عمر رضي الله عنه رواه البخاري(٣) و مسلم في الصوم، قال قال النبي صلي الله عليه وسلم الشهر هكذا و هكذا و هكذا و حبس(٤) الابهام في الثالثة. و حديث سعد رضي الله تعالى عنه أخرجه مسلم(٥) عن محمد بن سعد بن ابي وقاص عن ابيه رضي الله تعالى عنه قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده على الاخرى، و قال الشهر هكذا و هكذا و هكذا و امسك في الثالثة اصبعاً. و حديث عائشة رضي الله تعالى عنها رواه الحاكم في المستدرك(٦) عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم أقسم ان لايدخل علينا شهراً فغاب عنا تسعة و عشرين ثم دخل علينا مساء الثلاثين، فقلت له انك حلفت ان لاتدخل علينا شهراً

=> الله عنه و اشار بالسبابة و باب احناء السبابة في الاشارة من رواية غير الخزاعي رضي الله عنه رافعا اصبعيه السبابة و باب موضع البصر عند الاشارة و تحريك السبابة من رواية عبدالله بن الزبير رضي الله عنه و اشار بالسبابة و التفصيل في المعجم المفهرس ص٣٨٩ ج٢. (١) المغنى ص٤١٢ ج٨. (٢) روى عن ابن عمر الخ راجع نصب الراية ص٢٢٨ ج٣. (٣) البخاري قبل باب شهرا عيد لاينقصان و بعده ص٢٥٦ ج١ و مسلم باب وجوب صوم رمضان ص٣٤٧ ج١. (٤) حبس و في بعض الروايات خنس و في البعض عقد و المعنى واحد. (٥) مسلم ص٣٤٨ ج١. (٦) الحاكم في المستدرك الخ كذا في نصب الراية ص٢٢٩ ج٣.

و ان اشار بواحدة فهي واحدة و ان اشار بالثنتين(١) فهي ثنتان لما قلنا و الاشارة تقع بالمنشورة منها و قيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها، و اذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها، فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، و كذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان، و في الثانية واحدة

فقال الشهر هكذا و هكذا و هكذا و أمسك في الثالثة الابهام، و قال صحيح على شرط البخاري. قوله - و حبس.- اي و قبض و الاحتباس الانقباض، و في المبسوط قوله و حبس في المرة الثالثة ابهامه، بيان منه ان الشهر تسعة و عشرون يوماً و لا خلاف في هذه المسألة، و الاشارة تقع بالمنشورة منها لا بالمضمومة باعتبار العرف و العادة، الا ترى انه عليه الصلوة و السلام حبس ابهامه في المرة الثالثة، و فهم منه تسعة و عشرون يوماً، و لو اعتبر المقبوض لكان المفهوم أحد و عشرين يوماً (و ان اشار بواحدة) يعني و ان اشار باصبع واحدة و قال انت طالق (فهي واحدة) فهي تطليقة واحدة (و ان اشار بثنتين) باصبعين و قال انت طالق هكذا (فهي ثنتان) اي التطليقة ثنتان يعني يقع تطليقتان (لما قلنا) يريد به قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم (و الاشارة تقع بالمنشورة) اي الاصابع المنشورة (منها) اي من اصابع اليد و لاتقع بالمضمومة باعتبار العرف و العادة (و قيل اذا اشار بظهورها) اي بظهور الاصابع الى المرأة (فبالمضمومة منها) اي فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة من الاصابع لا بالمنشورة (و اذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى لانه كما وجد الاشارة بالمنشورة وجدت بالمعقودة، الا انه خلاف الظاهر، لان الاشارة المعهودة فيما بين الناس في بيان العدد المبهم بالاصابع المنشورة لا بالمحبوسة و لا بالكف، فاذا ادعي خلافه فلايصدق في القضاء، كذا في مبسوط شيخ الاسلام (و كذا اذا نوى الاشارة بالكف) و صورة الاشارة بالكف ان تكون جميع الاصابع منشورة يعني اشار اليها بالاصابع المنشورة و بطونها الى المرأة و قال انت طالق هكذا، ثم قال عنيت بها الاشارة بالكف لا بالاصابع. يصدق ديانة لا قضاء (حتى يقع في الاولى) اي في المضمومتين (ثنتان) اي طلقتان ديانة لا قضاء (و في الثانية) اي الاشارة بالكف (واحدة) يعني يصدق ديانة حتى يقع واحدة لاقضاء حتى يقع ثلاثاً في القضاء، لانه اشار اليها باصابعه الثلاثة المنشورة. و في المبسوط و بعض المتأخرين قالوا لو جعل ظهر الكف(٢) الى نفسه و

---

(١) بالثنتين - ن - بثنتين. (٢) لو جعل ظهر الكف الخ و في البحر الرائق ص٣٠٩ ج٣ و كذا لو نوى الاشارة بالكف و الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة و هذا هو المعتمد و هناك اقوال ذكرها في المعراج الاول =>

لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر، و لو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن(١) بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق، و اذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة و الشدة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن او البتة، و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقع رجعياً اذا كان بعد الدخول، لان الطلاق شرع معقباً للرجعة، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك. و لنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه،

بطون الاصابع اليها لايصدق في القضاء كذا في مبسوط شيخ الاسلام. و ذكر الامام التمرتاشي(٢) قيل لو كان باطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر و ان كان الى الارض فالعبرة للضم و قيل ان كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم، و ان كان نشراً عن ضم، فالعبرة للنشر للعادة (لانه يحتمله) اي لان قوله نويت الاشارة بالكف يحتمل ما نوى (لكنه خلاف الظاهر) فلايصدق قضاء (و لو لم يقل هكذا) يعني اذا اشار اليها بالاصابع المنشورة، و قال انت طالق لكنه لم يقل لفظ هكذا (يقع واحدة) اي طلقة واحدة (لانه) اي لان قوله عند الاشارة بدون لفظ هكذا (لم يقترن بالعدد المبهم) فاعتبر وجود الاشارة كعدمها (فبقي الاعتبار لقوله انت طالق) فلايقع به الا واحدة، و ان نوى الثلاث عندنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى عند عدم النية (و اذا وصف الطلاق بضرب) اي بنوع (من الشدة و الزيادة كان) اي الطلاق (بائناً مثل ان يقول أنت طالق بائن او البتة) اي او انت طالق البتة اي القطع (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقع رجعياً) اي طلاقاً رجعياً (اذا كان بعد الدخول) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (لان الطلاق شرع معقباً للرجعة، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو) اي وصفه بالبينونة (كما اذا قال انت طالق على ان لارجعة لي عليك، و لنا انه) اي ان الزوج (وصفه) اي وصف الطلاق (بما يحتمله لفظه) و هو البينونة، و لهذا ثبت البينونة به قبل الدخول، و بعد انقضاء العدة بالطلاق. فان قيل(٣) ينتقض بما اذا قال انت طالق و نوى البينونة الى الثلاث حيث لايصح بالاجماع، فينبغي ان يصح لانه محتمل كلامه، قلنا النية تصح للملفوظ و البينونة ما صارت ملفوظة بقوله انت طالق، بخلاف قوله انت طالق بائن، فان البينونة ملفوظة. و قال الكاكي في هذا الجواب نوع

=> عن بعض المتأخرين لو جعل ظهر الكف اليها و الاصابع المنشورة الى نفسه دين قضاء و لو جعل ظهر الكف الى نفسه و بطون الاصابع اليها لايصدق في القضاء الثاني لو كان باطن الكف الى السماء فالعبرة الى النشر و ان كان الى الارض فالعبرة الى الضم و الثالث ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر و ان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم اعتبارا للعادة الخ. (١) لم يقترن - ن - لم تقترن. (٢) و ذكرالامام التمرتاشي الخ كذا في الكفاية و الفتح. (٣) فان قيل ينتقض الخ كذا في الكفاية.

الا ترى ان البينونة قبل الدخول و بعد العدة تحصل به، فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين و مسألة الرجعة ممنوعة، فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين، أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل،

ضعف، لانه ذكر في المبسوط قوله انت طالق يحتمله المبين و غير المبين، فكان قوله بائنا تعيين احد محتمليه، الا ان يقول لايحتمله بطريق الحقيقة لكنه يحتمله بطريق المجاز فلابد للمجاز من نيته، و لهذا لايندفع السؤال. فان قيل بائن صفة المرأة لاصفة الطلاق، فكيف واصفاً للطلاق بالبينونة، كذا قيل و قال الكاكي و فيه نوع تامل، انتهى. قلت قوله بائن صفة لطلاق، او خبر بعد خبر، (الا ترى ان البينونة قبل الدخول و بعد العدة تحصل به) اي بقوله انت طالق (فيكون هذا الوصف) اي وصف المرأة بقوله - انت طالق بائن - (لتعيين أحد المحتملين) و هو البينونة. و قال الاترازي هو بفتح الميم، و اراد بهما الرجعي و البائن، و فيه نظر، لان الرجعي ليس يحتمل الطلاق، بل هو موجبه، و المحتمل هو البائن. و قال الاكمل(١) ملخصاً من كلام السغناقي، و اعترض عليه بانه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى و ليس كذلك. و اجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع و نية البائن من قوله انت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقباً للرجعة. ورد بانه تسليم لدليل الخصم و محوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة، و جواز كون الوصف مغيرا للمشروع. و اجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق، و لم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا و غير به مشروعا و هو عدم اعتبار الكذب و لو نوى طلاقاً و لم يتلفظ بلفظ لم يعتبره طلاقاً لئلا يتغير المشروع، و هو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق (و مسألة الرجعة ممنوعة) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى كما اذا قال انت طالق على ان لارجعة لي عليك، يعني لانسلم انه لايقع بائنا بل يقع واحدة بائنة، و هو معنى قوله (فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين) اي الطلقتين (اما اذا نوى الثلاث) اي الطلقات الثلاث (فثلاث) اي يقع ثلاث طلقات (لما مر من قبل) اي في اوائل باب ايقاع الثلاث بقوله، و نحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنساً الى آخره. و قال الكاكي مسألة الرجعة ممنوعة يعني تقع واحدة بائنة فيها، و لئن سلم فالفرق ان قوله ان لارجعة، صرح بنفي المشروع. و في مسألتنا وصفه البينونة، و ما نفي الرجعة صريحاً، و لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمناً، و كم من شيء يثبت ضمناً و لايثبت قصداً، كذا سمعته من شيخي العلامة، و ذكر الاكمل هذا برمته،

---

(١) الاكمل في العناية ص٣٨٨ ج٣.

و لو عنى بقوله أنت طالق واحدة و بقوله بائن او البتة اخرى يقع(١) تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع

قال كذا افاد شيخ شيخي العلامة و شيخه هو قوام الدين الكاكي و شيخ قوام الدين هو عبدالعزيز بن احمد بن محمد البخاري اي الامام البحر في الفقه و الاصول شارح البزدوي، و كان وضع كتاباً على الهداية بسؤال قوام الدين المذكور اياه حين اجتمع به بترمذ، و تفقه عليه، و وصل الى كتاب النكاح و اخترمنه المنية برد الله مضجعه (و لو عني بقوله انت طالق واحدة و بقوله بائن او البتة أخرى) اي طلقة اخرى (يقع تطليقتان بائنتان) و قياس قول الشافعي رحمه الله تعالى تطليقتان رجعيتان. و قال في فتاوى الولوالجي و قيل الاول يقع رجعياً. و قال الاترازي اقول هذا اصح عندي، لان قوله - بائن - في قوله - أنت طالق بائن - وقع خبراً بعد خبر للمبتدأ، كما في قولهم زيد عالم عامل، أى جامع لهذين الوصفين، فثبت لكل واحد منهما موجبه، و موجب الطلاق ثبوت الرجعة، و موجب البائن ثبوت البينونة، و لامعنى لثبوت التطليقتين البائنتين، و لايلزم من كون الثاني بائنا كون الاول بائنا، انتهى. قلت هذا كله مبادر من غير تأمل، و لايخلو عن نوع قصر، لانّ قوله خبر بعد خبر لايصلح ان يكون مصححا لكلامه بل هو يرد كلامه، لان معناه كانه قال انت طالق انت بائن نعم، كان قوله انت طالق يقتضي ان يكون رجعيا(٢) ابتداء، الا انه جعل بائنا لعدم الامكان، لان الثاني يكون بائنا لامحالة عندنا فيكون الاول بائنا ايضا ضرورة اذ لايتصور بقاء الاول رجعياً اذا صار الثاني بائنا. و قال الاكمل(٣) و من الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعياً فان اراد ما ذكرناه يعني قوله ان الاول يقع رجعياً ابتداء فينقلب بائنا لوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا، فهذا صحيح ظاهر، و ان اراد بقاؤه رجعياً فليس بصحيح (لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع) اراد بالوصف لفظ بائن و البتة، و انه يصلح للايقاع ابتداء بان قال انت بائن، او انت طالق البتة، و نوى به الطلاق يصح و يقع، و كذا اذا نوى بلفظ البتة تطليقة أخرى. و قال الاترازي وقوع الثنتين في قوله انت طالق البتة فيها نظر عندي، لان قوله البتة ذكر منصوباً و هو من حيث العربية لايصح اذا جعل صفة لمصدر محذوف بان يراد انت طالق البتة، و الطلقة للمرة الواحدة و لادلالة فيها على التكرار، اما اذا لم ينوه فظاهر، و كذا اذا نواه لان الطلقة مصدر وقع تاكيداً لما دل عليه قوله طالق، فلايثبت بها شيء آخر على سبيل الاصالة انتهى. قلت هذا ايضا فيه ما فيه لان المصدر المحذوف المؤكد بكسر الكاف لما قبله صفة في نفس الامر وصف بها لفظ طالق بلفظ الشدة،

---

(١) يقع - ن - تقع. (٢) رجعيا الخ كذا في العناية ص٣٨٨ ج٣. (٣) الاكمل في العناية.

و كذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره، و هو البينونة في الحال، فصار كقوله بائن، و كذا اذا قال أخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا

فلاينافي ان يكون له معنى زائداً على معنى مؤكده بفتح الكاف الذي يدل على طلقة واحدة، و بالمعنى الزائد يقع طلقة أخرى، فافهم (و كذا) اي و كذا تقع الطلقة البائنة، و هذا معطوف(١) على قوله انت طالق بائن في الاحكام الاربعة و هي قوله فتقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين و لو نوى الثلاث فثلاث، و لو نوى بقوله انت طالق واحدة و بقوله افحش الطلاق أخرى تقع تطليقتان، و كذا الجواب في قوله أخبث الطلاق او اشره او اشده او اسوأه (اذا قال انت طالق أفحش الطلاق، لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره) اي اثر الطلاق لا باعتبار ذاته (و هو البينونة في الحال فصار كقوله بائن) انما قلنا لا باعتبار ذاته، لان ذاته لاتوصف بهذه الاوصاف اعني الفحش، و الشر و الشدة و الخبث و العظم و الكبر، لان الطلاق ليس بمحسوس، و لا بذي هيئة، حتى يكون وصفاً لذاته، و غير المحسوس يعرف باثره، فتكون هذه الاوصاف لاثره. و من شدة اثره و فحشه و خبثه و كبره و عظمه ان يكون قاطعاً للنكاح في الحال، فصار كانه بلفظ البائن لان افعل التفضيل لبيان اصل التعارف، و ذلك في الواحدة البائنة لانها اشد حرمة حكماً و افحش من الرجعية، و قد يذكر لبيان نهاية التعارف و ذلك في الثلاث. فان نوى الثلاث فقد نوى محتمل كلامه فصحت، و ان لم تكن له نية يصرف الى الادنى لانه المتيقن. فان قيل افحش افعل التفضيل، فيقتضي ان يكون هناك فاحشاً. قلت هذا الوزن مشترك بين التفضيل و بين الاثبات، فيحمل على مجرد الاثبات لان طالقاً لايحتمل طالقات و لان مجرد هذا متيقن، هذا في الفوائد الظهيرية(٢) (و كذا اذا قال اخبث الطلاق) اي و كذا الجواب اذا قال انت طالق اخبث الطلاق (أو أسوأه) او قال طالق اسوأ الطلاق (لما ذكرنا) من قوله لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره، و ذكر ابن سماعة في نوادره انه اذا قال انت طالق اقبح الطلاق، فان نوى ثلاثا فثلاث، و ان نوى واحدة فهي واحدة رجعية عند ابي يوسف و بائنة عند محمد. و في الكافي للحاكم الشهيد، و ان قال انت طالق اكثر الطلاق فهي ثلاث لايدين اذا قال نويت واحدة، و ان قال انت طالق اكمل الطلاق و اشر الطلاق فهي واحدة رجعية، و ان قال انت طالق طول كذا و كذا او عرض كذا و كذا فهي واحدة بائنة و لايكون ثلاثاً و ان نواها و ان قال انت طالق خير الطلاق(٣) او افضله فهي طالق للسنة في وقت السنة، و ان نوى ثلاثاً فهي ثلاث للسنة. و

---

(١) معطوف الخ كذا في الشروح الثلاثة ص٣٨٩ ج٣. (٢) الفوائد الظهيرية و كذا في الكفاية و العناية. (٣) خيرالطلاق الخ راجع لنحو هذه الفروع الفتاوى الهندية ص٣٧٢ ج١ و فتح القدير ص٣٨٩ ج٣.

و كذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة، و طلاق الشيطان بائناً. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في قوله انت طالق للبدعة انه لايكون بائناً الا بالنية، لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلابد من النية. و عن محمد رحمه الله تعالى انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعياً لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلايثبت(١) البينونة بالشك، و كذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لامحالة و ذالك باثبات زيادة الوصف، و كذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا، و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يكون رجعياً لان الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً به في توحده،

قال(٢) الطحاوي في مختصره. و لو قال لها انت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقاً تطليقة يملك فيها الرجعة حائضا كانت او غير حائض، و لم تكن هذه التطليقة للسنة، ثم قال و روى صاحب الاملاء عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها طالق تطليقة للسنة كما اذا قال انت طالق احسن الطلاق (و كذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة) اي و كذا يقع البائن اذا قال انت طالق طلاق الشيطان او طلاق البدعة، اي او قال انت طالق طلاق البدعة (لان الرجعي هو السنة فيكون) طلاق البدعة و طلاق الشيطان (بائنا، و عن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه لايكون بائنا الا بالنية، لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلابد من النية. و عن محمد رحمه الله انه اذاقال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعياً، لان هذا الوصف) اي وصف البدعة و الشيطان (قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض، فلاتثبت البينونة بالشك) هذا الذي ذكره المصنف عن محمد هو رواية هشام عنه (و كذا اذا قال كالجبل) اي و كذا يكون بائنا اذا قال انت طالق كالجبل و هذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (لان التشبيه به) اي بالجبل (يوجب زيادة لامحالة و ذلك باثبات زيادة الوصف) و هي البينونة لانه لايحتمل الزيادة من حيث العدد، لانه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع الى الوصف (و كذا اذا قال مثل الجبل) اي و كذا يكون بائنا اذا قال انت طالق مثل الجبل (لما قلنا) يريد به قوله ان التشبيه به يوجب زيادة لامحالة (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يكون) اي الطلاق (رجعيا) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحده) اي توحد الجبل و هو مزيدة عن الوصف و العدد، و يحتمل

---

(١) فلايثبت - ن - فلاتثبت. (٢) و قال الطحاوي الخ كذا في فتح القدير ص٣٩١ ج٣.

و لو قال لها أنت طالق أشد الطلاق او كألف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلاثاً، أما الاول فلانه وصفه بالشدة، و هو البائن لانه لايحتمل الانتقاض و الارتفاض أما الرجعي فيحتمله و انما تصح نية الثلاث لذكره المصدر، و أما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة و في العدد أخرى يقال هو الف رجل(١) و يراد به القوة فيصح(٢) نية الامرين،

التشبيه في العظم فلاتقع البينونة بالشك. و لو قال انت طالق كالصخرة او كالقل فانه رجعي و بائن عند محمد، ذكره المرغيناني. و في الذخيرة لو قال انت طالق مثل التراب او الاساطين تقع واحدة رجعية عندهما. و عند ابي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى تقع واحدة بائنة (و لو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة، بائنة الا ان ينوي ثلاثا) هذه من مسائل الجامع الصغير و يقع بهذه الالفاظ طلقة واحدة بائنة نواها او لم ينو. فلو نوى ثلاثاً فثلاث (اما الاول) و هو قوله انت طالق اشد الطلاق و فيه البينونة (فلانه وصفه) اي وصف الطلاق (بالشدة و هو البائن) اذا الوصف بالشدة هو الطلاق البائن، لان شدة الطلاق بالابانة (لانه) اي لان البائن (لايحتمل الانتقاض) اي النقض (و الارتفاض) من الرفض، و لهذا لايحل له فيه الا التزوج الجديد (اما الرجعي) اي الطلاق الرجعي (فيحتمله) اي فيحتمل الانتقاض بان يراجعها بقول او فعل و لايحتاج فيه الى رضاها (و انما تصح نية الثلاث لذكره المصدر) هذا جواب عما يقال سلمنا ان قوله انت طالق اشد الطلاق يقتضي الابانة بواحدة لوصفه الطلاق بالشدة فمن اين يصح نية الثلاث فاجاب بقوله: و انما تصح نية الثلاث لذكره المصدر و هو اسم جنس يحتمل الثلاث بلاوصف الشدة، و هاهنا أولى. فان قيل هذا ينبغي ان يتيقن الثلاث بلانية، لانه لو قال انت طالق شديد، يقع البائن و اشد اقوى منه فينبغي ان يصرف الى الثلاث. قلنا الجواب عنه ما ذكرناه عند قوله افحش الطلاق و هو ان المراد من افعل التفضيل هنا مجرد الاثبات لا اثبات التفضيل فلايجوز حمل مطلق اللفظ مع الاحتمال على الثلاث (و اما الثاني) و هو قوله كألف (فلانه) اي فلان الشان (قد يراد بهذا) اي بقوله كالف (التشبيه في القوة تارة و في العدد أخرى) اي و يراد التشبيه في العدد مرة أخرى (يقال هو كألف رجل) اي فلان كألف رجل، يعني يعد كالف رجل (و يراد به القوة) يقال فلان كالف رجل في القوة (فتصح نية الامرين) يعني اذا نوى الواحدة يقع البائن باعتبار التشبيه في القوة. و اذا نوى الثلاث يقع ايضا

---

(١) الف رجل – ن – كالف رجل. (٢) فيصح – ن – فتصح.

و عند فقدانها يثبت أقلهما. و عن محمد رحمه الله تعالى انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً فصار كما اذا قال انت طالق كعدد ألف. و اما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه، و قد يملأ(١) لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته، و عند انعدام النية ثبت الاقل

باعتبار التشبيه في العدد (و عند فقدانها) اي عند فقدان النية (يثبت أقلهما) اي اقل الامرين و هو الواحد البائن، لان الاقل متيقن (و عن محمد رحمه الله تعالى يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد) اي لان الالف عدد (يراد به التشبيه في العدد ظاهراً) هذه رواية عن محمد و ذكرها الولوالجي وغيره (فصار) اي فصار الحكم في هذا (كما اذا قال انت طالق كعدد الف) و هذا لا خلاف فيه، لانه نص على العدد. و لو قال أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة، و لاتكون ثلاثاً لان الواحدة لاتحتمل العدد فيكون التشبيه لزيادة القوة (و أما الثالث) و هو قوله ملء البيت (فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه، و قد يملأ لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته) فالعظم في الطلاق بالابانة و الكثرة بالثلاث، فأيهما نوى صح (و عند انعدام النية يثبت الاقل) و هو الابانة، لان الاقل متيقن، و روى الطحاوي رحمه الله تعالى عن ابي يوسف و محمد في غير ظاهر الرواية اذا قال انت طالق مثل الجبل او ملء البيت او ملء الكوز، يكون رجعياً. و في شرح الاقطع لو قال انت طالق تطليقة تملأ الكوز كان بائنا في قولهم جميعاً لانه صفة للطلاق يقتضي زيادة عظم، و ليس ذلك الا بالبينونة. و في الروض مختصر الرافعي قال انت طالق ملء البيت او البلد او السماء او الارض او اعظم من الجبل او اكثر الطلاق او اعظمه او اشده او اطوله او اعرضه، او طلقة كبيرة او عظيمة يقع واحدة رجعية و يلغو هذا كلها، و هكذا في مغني الحنابلة(٢) و هكذا لو قال ملء الدنيا يقع واحدة رجعية كقول الشافعي و اقصى الطلاق و اكثره واحدة رجعية و هو المذهب، و يحتمل الثلاث في اقصاه، قال السروجي هذا الاحتمال هو الحق و المذهب ضعيف جدا. و لو قال انت طالق عدد التراب يقع واحدة عند ابي يوسف، و اختاره البغوي و احمد. و في جوامع الفقه عن محمد عدد الرمل ثلاث، لانه ذو عدد، بخلاف التراب، و في التراب روايتان عنه. و لو قال انت طالق واحدة مائة مرة لم يقع الا واحدة قاله المتولي عن الشافعية و هو بعيد جداً و في المرغيناني قال انت طالق كثلاث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف و ثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث. و لو قال كعدد الشمس او القمر فهي واحدة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و رجعية عند ابي يوسف رحمه الله تعالى و عن محمد رحمه الله

---

(١) يملأ -ن- يملأه. (٢) مغني الحنابلة ص٤٤٧ ج٨.

ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً، أى شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضى زيادة وصف و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر العظم يكون بائنا و الا فلا أى شيء كان المشبه به، لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد، أما ذكر العظم فللزيادة لامحالة، و عند زفر رحمه الله تعالى ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائناً، و الا فهو رجعي. و قيل محمد رحمه الله تعالى مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قيل مع ابي يوسف رحمه الله تعالى و بيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة، و مثل الجبل

تعالى كالنجوم واحدة، و كعدد النجوم ثلاث، و في المرغيناني وغيره قال انت طالق كعدد كل شعرة على جسد ابليس لعنه الله يقع واحدة حتى يعلم عدد شعره، او هل له شعر. و ذكر الكرخي(١) رحمه الله تعالى لو قال انت طالق عدد شعر رأسي او عدد شعر ظهر كفي، و قد اطلي تطلق ثلاثا، لان الشعر ذو عدد، وان لم يكن موجوداً. و ان قال كالثلج فهو بائن (ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) اراد بهذا بيان الاصل الذي يبتني عليه اقوال الامام و صاحبيه و زفر رحمهم الله تعالى (انه) اي ان الرجل (متى شبه الطلاق بشيء) من الاشياء (يقع) الطلاق (بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر) عن قريب (ان التشبيه يقتضي زيادة وصف) و زيادة الوصف توجب البينونة (و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر العظم يكون بائنا، و الا فلا أى شيء كان المشبه به) يعني سواء كان صغيراً او كبيراً (لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد) اي من وصف العظم (اما ذكر العظم فللزيادة لامحالة) و ذلك بالبينونة (و عند زفر رحمه الله تعالى ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا و الا) و ان لم يكن على وصف بالعظم عند الناس (فهو رجعي) سواء ذكر العظم او لم يذكر (و قيل محمد مع ابي حنيفة، و قيل مع ابي يوسف رحمهم الله تعالي) اشار بهذا الي ان قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب. و في الذخيرة عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى ان ذكر العظم كان بائنا، و ان كان المشبه به حقيراً. و ان لم يذكر العظم و ان كان له حد يقع بائنا و الا يكون رجعيا (و بيانه)(٢) اي بيان هذا الخلاف (في قوله مثل رأس الابرة) اي في قوله انت طالق مثل رأس الابرة و في قوله (مثل عظم رأس الابرة و مثل الجبل)

---

(١) ذكر الكرخي رحمه الله كذا في البحر ص٣١١ ج٣. (٢) بيانه الخ راجع البحر ص٣١٢ ج٣ و الفتاوى الهندية ص٣٧١ ج١.

مثل عظم الجبل، و لو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة، لان مالا يمكن تداركه يشتد عليه و هو البائن، و ما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول و عرض و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لايليق به فيلغو و لو(١) نوى الثلاث في هذه الفصول

اي في قوله - انت طالق مثل الجبل و في قوله (مثل عظم الجبل) ففي قوله مثل رأس الابرة بائن عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لمكان التشبيه رجعي عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لانه لم يذكر العظم، و كذا زفر رحمه الله تعالى لان المشبه به مما لايوصف بالعظم و الشدة. و في قوله - مثل عظم رأس الابرة - يكون بائنا عند ابي حنيفة و محمد للتشبيه، و كذا عند ابي يوسف لذكر العظم. و عند زفر رجعي، لان الابرة لاتوصف بالعظم والشدة. و في قوله - مثل الجبل - بائن عند ابي حنيفة و محمد للتشبيه، و رجعي عند ابي يوسف لعدم ذكر العظم، و بائن عند زفر لان الجبل يوصف بالعظم و في مثل عظم الجبل يكون بائنا عند الكل للتشبيه عندهما و ذكر العظم عند ابي يوسف و كون المشبه به عظيما عند زفر و لو قال مثل السمسم او مثل حبة الخردل وقع رجعية عند الثلاث(٢) و بائن عند ابي حنيفة (و لو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة) و فيه خلاف زفر و قد ذكرناه (لان ما لايمكن تداركه يشتد عليه) اي على الزوج (و هو البائن) لان شدة الشيء و قوته لايحتمل الاعتراض عليه بالانتقاض و ذلك في الطلاق البائن، و هو معنى قوله (و هو البائن) الضمير يرجع الى كلمة ما في قوله ما لايمكن (و ما يصعب تداركه يقال) فيه (لهذا الامر طول و عرض) و يقال هذا امر شديد و طويل و عريض (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يقع بها) اي بهذه الالفاظ (رجعية) اي طلقة رجعية (لان هذا الوصف) اي وصف الطلاق بالشدة و الطول و العرض (لايليق به) اي بالطلاق، لان هذه الاوصاف من صفات الاجسام (فيلغو) اي يصير ذكره لغواً فلايعمل به. و قال الاترازي رحمه الله تعالى وصف الطلاق بالشدة و الطول و العرض ليس بممكن للزوم قيام العرض بالعرض، و جوابه انا نسلم ان قيام العرض بالعرض لايجوز، لكن نقول فللاحكام الشرعية حكم الجواهر، فيجوز حينئذ، او نقول سلمنا انه لايجوز حقيقة، و لكن لانسلم انه لايجوز مجازاً (و ان نوى الثلاث) اي الطلقات الثلاث (في هذه الفصول) اي في فصل(٣) قوله انت طالق بائن او البتة او انت طالق افحش الطلاق، و فصل قوله اخبث الطلاق و أسوأه، و طلاق الشيطان، و طالق

---

(١) لو نوى - ن - ان نوى. (٢) عند الثلاث اي عند ابي يوسف و محمد و زفر رحمهم الله تعالى لكنه على تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف. (٣) في فصل الخ كذا في فتح القدير ص٣٩١ ج٣.

صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر، و الواقع بها بائن.

فصل في الطلاق قبل الدخول

البدعة، و فصل قوله اشد الطلاق او كالف او ملء البيت او مثل رأس الابرة او مثل عظم رأس الابرة، و مثل الجبل، و مثل عظم الجبل. و فصل قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة، ففي هذه الفصول كلها (صحت نيته) و يقع الثلاث اذا نواها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانها بوائن عنده، و البينونة على نوعين خفيفة و غليظة فاذا نوى الثلاث فقد نوى اغلظ النوعين و اعلاهما فصح اعلاهما. و ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير مثل ما ذكر صاحب الهداية في صحة نية الثلاث في الفصول كلها، و لكن الامام الزاهد العتابي، قال في شرحه للجامع الصغير، و الصحيح انه لايصح في انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة، لانه نص على التطليقة، و انها تتناول الواحدة ثم قال هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي. قال الاترازي هذا هو الاصح عندي، لان النية انما تصح فيما يحتمل اللفظ ذكر ذلك، و التاء موضوعة للوحدة فلايحتمل غير ذلك، فلاتصح نية الثلاث، انتهى. قلت كون التاء للوحدة لاتنافي نية الثلاثة، لانه وصفها بالشدة و الطول و العرض، و صحة نية الثلاث تؤخذ من الوصف (لتنوع البينونة) اي غليظة و خفيفة (على ما مر) اشار به الى قوله - قبل صفحة - و يقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين. اما اذا نوى الثلاث فثلاث (و الواقع بها) اي بهذه الالفاظ المذكورة (بائن) لما ذكرنا عند قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة. فروع. لو قال لامرأته و الحجر او بهيمة احداكما طالق، او قال هذه او هذه طلقت امرأته عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لايقع للشك، و ان قال لامرأته و رجل احداكما طالق، او هذه او هذه لايقع عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يقع و لو قال لامرأته و اجنبية احداكما طالق، او قال هذه او هذه لاتطلق زوجته الا بالنية، و في المبسوط حلف انه لم ينوها، و عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى يقع على زوجته الا بالنية، و ان قال اردت الاجنبية قبل في الصحيح على المنصوص ذكره في الاملاء و عند مالك رحمه الله تعالى لايقبل منه ذكر في الجواهر. و لو قال احدى امرأتي طالق و ليس له الا امرأة واحدة يقع عليها ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير.

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

اي هذا فصل في الطلاق قبل الدخول على المرأة لما كان(١) وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله

(١) لما كان الخ و في فتح القدير لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول =>

و اذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف، لان معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه، فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعاً على حدة فيقعن جملة. فان(١) فرق الطلاق بانت بالاولى و لم تقع الثانية و لا الثالثة

من العوارض، و العارض يذكر بعد الاصل و هو الطلاق بعد الدخول. (و اذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها) عند عامة العلماء(٢) و هو مذهب عمر و علي و ابن عباس و ابي هريرة و عبدالله بن عمرو بن العاص و ابن مسعود و انس بن مالك رضي الله تعالى عنهم، و به قال سعيد بن المسيب و محمد بن سيرين و عكرمة و ابراهيم النخعي و عامر الشعبي و سعيد بن جبير والحكم و ابن ابي ليلى و الاوزاعي و سفيان الثوري. و قال ابن المنذر و به أقول ذكر ابوبكر بن ابي شيبة(٣) انه قول عائشة و أم سلمة رضي الله تعالى عنهما و خالد بن محمد و مكحول و حميد بن عبدالرحمن، و كان طاووس و ابن الشعثاء و عمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة، و في مصنف ابن ابي شيبة(٤) عن جابر بن زيد و طاووس و عطاء ان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها فهي واحدة. و في المبسوط و هو قول الحسن البصري (لان الواقع مصدر محذوف) و هو الطلاق الذي قام صفته، و هو الثلاث مقامه (لان معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه) اشارة الى ما ذكره في الفصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق بقوله و لهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى آخره (فلم يكن قوله انت طالق ايقاعاً على حدة فيقعن جملة) يعني اذا كان الواقع مصدراً محذوفاً لم يكن قوله انت طالق ايقاعاً على حدة، و الانزاد عدد الطلاق و هو غير مشروع، فيقعن جملة، و صار الكلام واحداً و لايفصل بعضها عن بعض، فان ايقاع الطلاق لايتأتى بلفظ او جزء منه، بخلاف قوله انت طالق و طالق و طالق، حيث انفصلت الثانية و الثالثة لانها كلمات متفرقة فوقعت الاولى (و ان فرق الطلاق) بان يقول انت طالق طالق طالق على ما يجيء الآن (بانت بالاولى) اي باللفظ الاول، و هو قوله - انت طالق - و تبين لا الى عدة، لانها غير مدخولة (و لم تقع الثانية و لا الثالثة) لانه لايبقى لوقوعها محل، فيلغو كلاهما. و حكى(٥) عن الشافعي رحمه الله تعالى في القديم

=> غرض الشيء بعد وجوده و قبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعرض انتهى. (١) فان -ن- و ان. (٢) عامة العلماء الخ راجع اعلاء السنن باب وقوع الطلاق مجموعا قبل الدخول ص١٩١ ج١١ و اوجز المسالك طلاق البكر ص٣٩٣ ج٤ و المغنى ص٤٠٤ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص١٢٨ و ص١٤٠ ج١٧ و فتح القدير ص٣٩٢ ج٣. (٣) ابن ابي شيبة في مصنفه عنوان في الرجل يتزوج المرأة ثم يطلقها ص٢٢ ج٥. (٤) ابن ابي شيبة ص٢٦ ج٥. (٥) و حكى الخ كذا في تكملة شرح المهذب ص١٣٠ ج١٧.

و ذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق، لان كل واحد ايقاع على حدة اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه، فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية و هي مبانة، و كذا اذا قال لها انت طالق واحدة و واحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى و لو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً

انها تطلق ثلاثاً. و قال ابن ابي هريرة من اصحابه هذا قول آخر، و به قال ابن ابي ليلى و الاوزاعي و الليث بن سعد و ربيعة و مالك. و قال احمد لو ذكر بالواو تطلق ثلاثاً، و بغير الواو لاتطلق لمذهب العلماء، و هذا بخلاف ما اذا قال لها انت طالق و طالق و طالق ان دخلت الدار، حيث يقع الثلاث جملة اذا وجد الدخول لوجود المغير في الآخر، و هو الشرط. و اذا قدم الشرط فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى تقع الواحدة، لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فان قيل(١) الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، فلو قال لها انت طالق ثلاثاً يقع الثلاث فينبغي ان يقع الثلاث أيضا اذا قال لها انت طالق و طالق و طالق. أجيب بانه مسلم و لكن اذا وقعت الاولى فلاتوقف لعدم المغير في الآخر بانت بها، و لم يبق محل للثانية و لا للثالثة. فان قيل ينبغي ان تقع الثلاث تحقيقاً لمعنى الجمع في الواو. أجيب بانه حينئذ تكون الواو للمقارنة و لا دلالة لها عليها لانها للجمع المطلق. فان قيل يلزم الترتيب على ما قلتم، و الواو لم توضع له. أجيب بالمنع لانه انما يلزم اذا كان وقوع الثانية والثالثة متحققاً فلاوقوع و لاترتيب (و ذلك) اي التفريق (مثل ان يقول انت طالق طالق طالق) ذكر المصنف صورة التفريق بدون حرف الواو، و الحكم فيما اذا ذكره بحرف الواو كذلك، و لهذا اذا قال انت طالق و طالق و طالق تبين بواحدة لا الى عدة، قاله الاترازي (لان كل واحد ايقاع على حدة اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره) اي صدر الكلام كالشرط و الاستثناء (حتى يتوقف عليه) اي على ما يغير صدره (فتقع الاولى) في لفظ انت طالق (في الحال فتصادفها) أى تصادف الاولى(٢) (الثانية) اي اللفظة الثانية و هي طالق (و هي مبانة) اي و الحال انها مبانة فلايبقى للثانية محل و لا للثالثة (و كذا اذا قال) اي و كذا تقع واحدة اذا قال (انت طالق واحدة و واحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى) يعني لما سبقت الاولى في الوقوع صادفتها الثانية و هي مبانة (و لو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً) يعني لايقع شيء و كذا اذا قال انت طالق ثنتين فماتت قبل

---

(١) فان قيل الجمع الخ راجع لهذا المقام فتح القدير و الكفاية ص٣٩٣ ج٣. (٢) تصادف الاولى كذا في الاصل لعل الصواب تصادف المرأة.

لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل، و كذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثاً لما بينا، و هذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى و لو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة،

ان يقول ثنتين، او قال انت طالق ثلاثا فماتت قبل ان يقول ثلاثاً، او قال انت طالق ان شاء الله تعالى فماتت قبل ان يقول ان شاء الله تعالى لم تطلق شيئا (لانه قرن الوصف) و هو الطلاق (بالعدد) و هو واحدة او ثنتين او ثلاثة (فكان الواقع هو العدد، فاذا ماتت قبل ذكر العدد) و هو واحدة او ثنتان او ثلاث، فكان الواقع هو العدد، فاذا ماتت قبل ذكر العدد (فات المحل قبل الايقاع فبطل) كلامه فلايقع شيء (و كذا) اي و كذا يبطل كلامه (لو قال انت طالق ثنتين او ثلاثاً) اي او قال انت طالق ثلاثاً ، فماتت قبل ان يقول ثلاثاً (لما بينا) اشارة الى قوله لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد (و هذه) اي هذه المسائل الثلاثة المذكورة هي قوله أنت طالق واحدة فمات قبل قوله واحدة و قوله انت طالق ثنتين فماتت قبل قوله ثنتين، و قوله انت طالق ثلاثا فماتت قبل ان يقول ثلاثاً (تجانس) اي تشاكل و تماثل (ما قبلها) اي المسألة التي قبلها و هي ما اذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها (من حيث المعنى بيانه(١) ان المعتبر في الوصفين في الايقاع هو العدد لا الوصف، فكانت هذه المسائل مماثلة للمسألة المتقدمة من حيث المعنى(٢) الا ان بينهما تفاوتاً في الحكم، و هو ان الطلاق واقع في المسألة المتقدمة، لان العدد صادفها و هي منكوحة، و هاهنا لم يقع شيء لان العدد صادفها و هي ميتة ليست بمحل لوقوع الطلاق ثم لاصحاب الشافعي فيما اذا ماتت قبل ذكر العدد ثلاثة اوجه، احدها: و هو اختيار المزني انه يقع واحدة في المسألة الاولى، و في قصد الثنتين ثنتان و في قصد الثلاث ثلاث. الثاني: انه يقع واحدة. و الثالث: انه لايقع شيء كقولنا (و لو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة) هذه المسألة مذكورة في الجامع الصغير والقدوري جميعاً، و عندنا(٣) في صورة قبل بغير هاء الكناية و بعد بهاء الكناية يقع واحدة و في قبل بهاء الكناية

---

(١) بيانه الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢) من حيث المعنى اي من حيث الدليل و هو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الخ الكفاية. (٣) و عندنا في صورة قبل الخ وفي العناية ص٣٩٤ ج٣ و ذالك مبنى على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لمابعده و اذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في سعته فاذا قيل نصير المدخول بها انت واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل و تلغو الثانية و اذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي و ايقاع الاولى في الحال و الايقاع في =>

و الاصل أنه متى ذكر شيئين و ادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخراً كقوله جاءني زيد قبله عمرو، و ان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو. و ايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال، لان الاسناد ليس في وسعه، فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة

و بعد بغير الكناية يقع اثنتان و في الروضة للنووي قال لغير المدخول بها انت طالق طلقة قبل طلقة او بعدها طلقة، بانت بالاولى. و ان قال بعد طلقة او قبلها طلقة ففيه ثلاثة اوجه، اصحها يقع واحدة، و الثاني لايقع شيء، و الثالث يقع ثنتان و يلغو قوله قبلها. و ان قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة فوجهان، اصحهما وقوع الثنتين، و الثاني واحدة و ان قال انت طالق طلقة تحت طلقة او تحتها طلقة او فوق طلقة او فوقها طلقة فثنتان، و فيه وجه انه طلقة كما في الاقرار فانه لايلزمه الا درهم و اختاره ابن كج و الحياطي. و قال امام الحرمين و الغزالي حكمه حكم مع، و في كلام المتولي ما يقتضى انه لايقع في غير المدخول بها الا واحدة. و ان قال انت طالق طلقة قبلها طلقة او بعدها طلقة و ذلك قبل الدخول فوجهان، احدهما يقع واحدة، و الثاني لايقع شيء. و في المغني(١) يقع واحدة، و هو ظاهر مذهب الشافعي. و قال السروجي هو احد قولي الشافعي و لا قول له فيه، و قال ابوبكر من الحنابلة يقع ثنتان كقول اصحابنا و يلغو قوله و بعدها. و في المدخول بها يقع الثلاث، و في الجواهر قال انت طالق طلقة مع طلقة او معها طلقة او فوقها طلقة او تحتها طلقة وقعت طلقتان (و الاصل) اي في المسائل المذكورة (انه) اي ان الرجل (متى ذكر شيئين و ادخل بينهما حرف الظرف) و هو قبل و بعد (ان قرنها بهاء الكناية كان) اي الظرف (صفة للمذكور آخراً كقوله جاءني زيد قبله عمرو) و تكون القبلية صفة لزيد، و ليس المراد بالصفة مصطلح النحاة، بل المراد الصفة المعنوية كيف كانت (و ان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو) فتكون القبلية صفة لزيد، و هذا الذي ذكره هو احد الاصلين الذين بني عليهما الفصول الثلاثة، و هي قبل و بعد و كلمة مع و الاصل الثاني هو قوله (و ايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال، لان الاسناد ليس في وسعه) لان الطلاق وضع لرفع الاستباحة، و ما مضى من الاستباحة لايمكن رفعه، فيقع في الحال، لانه يملكه فيثبت ما أمكن صوناً لكلامه عن الالغاء (فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة

=> الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع و البعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضى ايقاع الاولى في الحال و ايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر و في قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى و تلغو الثانية لفوات المحلية انتهى. (١) المغنى ص٤٠١ ج٨ و راجع تكملة شرح المهذب ص١٤٠ ج١٧.

صفة للاولى فتبين بالاولى فلاتقع الثانية، و البعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان، لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي و ايقاع الاولى في الحال، غير أن الايقاع في الماضي ايقاع في الحال أيضاً، فتقترنان فتقعان(١) و كذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان، لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال، و ايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان. و لو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان، لان كلمة مع للقران. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في قوله معها واحدة تقع واحدة، لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لامحالة.

صفة للاولى) هذا تفريع الاصل الاول، و لهذا ذكره بالفاء و اراد بالاولى لفظة واحدة الاولى (فتبين بالاولى) اي فتبين المرأة بالواحدة الاولى (فلاتقع الثانية) لعدم بقاء المحل لوقوعها (و البعدية في قوله بعدها واحدة) اي قوله انت طالق واحدة بعدها واحدة (صفة للأخيرة) اي صفة للواحدة الاخيرة و هي الثانية (فحصلت الابانة بالاولى) اي بالواحدة الاولى لما ذكرنا (و لو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) اي طلقتان (لان القبلية صفة للثانية) اي للواحدة الثانية (لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي و ايقاع الاولى في الحال أيضا فيقترنان) اي الايقاعان يقترنان في الوقوع (فيقعان جميعاً، و كذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى) اي للواحدة الاولى (فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال و ايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان) في الوقوع فيقعان جميعاً (و لو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة) اي او قال انت طالق واحدة معها واحدة (تقع ثنتان) اي طلقتان، و هذا الفصل الثالث من الفصول الثلاثة، و هي قبل و بعد و معه. و لما ذكر الفصلين الاولين و هما القبلية و البعدية ذكر الفصل الثالث و هو فصل كلمة مع (لان كلمة مع للقران) اي للمقارنة فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقاً لمراده فوقعتا معا (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في قوله معها واحدة تقع واحدة، لان الكناية تقتضي سبق(٢) المكنى عنه لامحالة) فيقتضي(٣) ان لايقع الساقع فلايقع ثنتان. و علل ابن قدامة رحمه الله تعالى(٤) له ان الطلقة اذا وقعت لايمكن أن

---

(١) فتقترنان فتقعان – ن – فيقترنان فيقعان. (٢) سبق المكنى عنه (المرجع) قلنا نعم لكن في الذكر لا في الوجود حاشية الهداية لملا الهداد. (٣) فيقتضى الخ و في العناية لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجودا و ذالك بالطلاق في الوقوع. (٤) ابن قدامة رحمه الله تعالي في المغنى ص٤٠٢ ج٨ و لفظه و قال ابويوسف =>

و في المدخول بها تقع(١) ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى. و لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة و واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا تقع ثنتان. و لو قال لها انت طالق واحدة و واحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع(٢)

يقع معها غيرها، و التعليل الصحيح هو الاول، و يقول ابي يوسف رحمه الله تعالى قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه، و هو اختيار المزني (و في المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها) اي في قوله قبل واحدة او قبلها واحدة و بعد واحدة او بعدها واحدة او مع واحدة او معها واحدة (لقيام المحلية بعد وقوع الاولى) لانها في العدة و هي محل الايقاع. و قال الكاكي قيل هذا الجواب مشكل(٣) في قوله - انت طالق واحدة قبل واحدة - فان كون الشيء قبل غيره لايقتضي وجود ذلك الغير، ثم قال و جوابه(٤) مذكور في اصول الجامع الكبير، انتهى. قلت هذا تعليق فيه تسويف، و جوابه ان اللفظ اشعر بالوقوع و هو ظاهر فيه، و العمل بالظاهر واجب كما لو قال انت طالق، فان الطلاق الثاني يقع ايضا كالاول، و ان احتمل الخبر و التاكيد لكونه غالباً في الانشاء ظاهراً فيه (و لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة و واحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه، و قال ابونصر من اصحابه و هو اقيس (و قالا تقع ثنتان) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه، و هو اختيار القاضي ابي الطيب و هو قول مالك و احمد و ربيعة و الليث بن سعد و ابن ابى ليلى رحمهم الله تعالى لان حرف الجمع كلفظ الجمع عندهم (و لو قال لها انت طالق واحدة و واحدة ان دخلت الدار، فدخلت الدار طلقت ثنتين بالاتفاق) هذه من مسائل القدوري رحمه الله تعالى و فيها أخر الشرط فوقعت طلقتان لان صدر الكلام يتوقف على آخره اذا كان

=> رحمه الله تعالى يقع طلقة لان الطلقة اذا وقعت مفردة لم يمكن ان يكون معها شيء. (١) تقع - ن - يقع. (٢) بالاجماع - ن - بالاتفاق. (٣) مشكل الخ و في الفتح ص٣٩٥ ج٣ و استشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لايقتضي وجود ذالك الغير على ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الزيادات نحو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا (٣/٥٨ مجادله) لنفذ البحر قبل ان تنفذ كلمات ربى (١٠٩/١٨ الكهف) و قول النبي صلي الله عليه وسلم خللوا اصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم (روى الدارقطنى نحوه عن ابي هريرة مرفوعا و عن عائشة مرفوعا و الطبراني عن وائل بن حجر مرفوعا و التفصيل في البناية ص١١٢ ج١ و نصب الراية ص٢٦ ج١) و اجيب بأن اللفظ اشعر بالوقوع و كون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا و ان لم يستدعه لامحالة و العمل بالظاهر واجب ما امكن انتهى. (٤) و جوابه الخ و نحوه في الكفاية.

لهما ان الواو(١) للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثنتين(٢) او اخر الشرط، و له ان الجمع المطلق يحتمل القران و الترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان، و على اعتبار الثاني لاتقع الا واحدة كما اذا أنجز بهذه اللفظة فلايقع الزائد عي الواحدة بالشك بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام، فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة و لا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف و لو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله تعالى

في اخره ما يغير موجبه فوجد الشرط فوقع جميع ذلك بخلاف المسألة الاولى التي فيها قدم الشرط حيث يقع واحدة، لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده، فلما طلقت واحدة لغت الثانية لانها صادفتها و هي اجنبية، وان كانت المرأة مدخولاً بها وقع الجميع بلاخلاف، قدم الشرط او أخره، لان الثانية صادفتها و هي في العدة (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة) كلاهما به على اسناد الفعل الى الطلقات، و هي غير مذكورة، اى الطلقات جملة و كان ينبغي ان يقول فيتعلقان او يقعان بالتثنية، لان الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات كما اذا نص على الثلاث كان ينبغي ان يقول هنا أيضا (كما اذا نص على الثنتين) على ما لايخفى (او أخر الشرط) أى كما لو اخر الشرط كما في قوله انت طالق واحدة و واحدة ان دخلت الدار حيث يقع ثنتان كما مر (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان الجمع المطلق يحتمل القران و الترتيب) لان تحققه في الخارج لايمكن الا باحد الوجهين (فعلى اعتبار الاول) اي على اعتبار القران (تقع ثنتان و على اعتبار الثاني) اي على اعتبار الترتيب (لاتقع الا واحدة) لكونه غير المدخول بها فلايقع على ما زاد على الواحدة بالشك (كما اذا انجز بهذه اللفظة) بان قال انت طالق واحدة و واحدة حيث لايقع الا واحدة بالاتفاق لعدم المحلية للثانية (فلايقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه). اي لان الشرط (مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه) اي اول الكلام على الشرط (فيقعن جملة) كان ينبغي ان يقول يقعان جملة (و لا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف) فيقع على الترتيب فتبين بالاولى و لاتقع الثانية لعدم المحلية (و لو عطف بحرف الفاء) بان قال انت طالق واحدة فواحدة ان دخلت الدار (فهو على هذا الخلاف) يعني عند ابي حنيفة ثنتان، و عندهما واحدة (فيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى) فانه جعل العطف بالفاء و الواو سواء، و قال ان حرف العطف يجعلهما كلاماً واحداً

---

(١) الواو - ن - حرف الواو. (٢) الثنتين - ن - الثلاث.

و ذكر الفقيه ابوالليث رحمه الله تعالى انه يقع واحدة بالاتفاق، لان الفاء للتعقيب و هو الاصح. و أما الضرب الثاني و هو الكنايات لايقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال

فتعلقتا كما في صورة الواو سواء قدم الشرط او أخره عندهما خلافاً له. و في المبسوط(١) الطحاوي مكان الكرخي رحمه الله تعالى (و ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى انه يقع واحدة بالاتفاق، لان الفاء للتعقيب) فتقع الاولى و لامحل للثانية (و هو الاصح) اي الاتفاق اصح، لان الفاء للعطف على التعقيب لغة لا مطلق العطف، فيقتضي التعليق على التعقيب فتنزل كما علقت و بالاولى تبين، فلاتقع الثانية، كذا في المبسوط، و فيه(٢) لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق في المدخول بها تعلقت الاولى و وقعت الثانية و لغت الثالثة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لو أخرت الشرط وقعت الاولى و الثانية في الحال و تعلقت الثالثة في المدخولة و غير المدخولة يقع واحدة في الحال، و يلغو ما سوى ذلك عنده و عندهما و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى يتعلق الثلاث بالشرط سواء قدم او أخر في المدخولة وغيرها، و عند وجود الشرط ان كانت مدخولة يقع الثلاث و الا تطلق واحدة (و أما الضرب الثاني و هو الكنايات) هذا عطف على ما ذكر بقوله فالصريح مثل قوله انت طالق في اول باب ايقاع الطلاق، لانه قسم الطلاق ثمة الى صريح و كناية، و قد فرغ من بيان الصريح، و الآن شرع في بيان الكناية(٣) و الصريح ما هو مكشوف المراد و الكناية ما هو مستتر المراد من قولهم كنيت او كنوت الشيء اذا سترته (لايقع بها) اي الكناية (الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال) اذ هي دليل على المراد كما في البيع بالدراهم المطلقة يصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال و كذا لو اطلق النية في الحج يصرف الى الفرض بدلالة الحال، و لهذا جعل احمد رحمه الله تعالى دلالة الحال مقام النية في جميع الكنايات في حالة الغضب وغيره بلانية من الزوج. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايقع الطلاق بشيء من الكنايات في حالة الغضب وغيره بلانية من الزوج و من

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٩ ج٦ مكان الكرخي و في فتح القدير ص٣٩٦ ج٣ و في المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما. (٢) و فيه اي و في المبسوط ص١٢٩ ج٦ و راجع البحر ص٣١٩ ج٣ و نور الانوار ص١٢٤ و المغنى ص٤٠٦ ج٨ و فتح القدير ص٣٩٧ ج٣ و الفتاوى الهندية ص٣٧٤ ج١. (٣) بيان الكناية راجع اوجز المسالك ص٣٣٤ ج٤ عنوان ما جاء في الخلية والبرية الخ و اعلاء السنن باب ذكر بعض الفاظ الكنايات ص١٩٣ ج١١ و المغنى باب تصريح الطلاق وغيره ص٢٦٣ ج٨ و مابعده و تكملة شرح المهذب باب ما يقع الطلاق به و ما لايقع ص٩٦ ج١٧ و عمدة القاري باب اذا قال فارقتك ص٢٣٨ ج٢٠ و فتح الباري ص٤٦٢ ج٩.

لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من التعيين او دلالته. قال و هي علي ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي و لاتقع(١) بها الا واحدة، و هي قوله اعتدي و استبرئي رحمك، و انت واحدة. اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح، و تحتمل اعتداد نعم الله تعالى، فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقاً سابقاً، و الطلاق يعقب الرجعة. و اما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته

المرأة، و عندنا يكفي نية الزوج، لاحتمال ارادة غير الطلاق فيها في جميع الامور. و قال مالك رحمه الله تعالى يقع الطلاق بلانية في الكنايات الظاهرة، كقوله بائن بتة حرام. فاذا قال ما نويت الطلاق لايصدق، لان ظاهرها في الطلاق (لانها) اي لان الكنايات (غير موضوعة للطلاق بل يحتمل الطلاق وغيره فلابد من التعيين) بالنية (او دلالته) اي او دلالة معنى التعيين، و يجوز ان يرجع الضمير الى الحال لان الحال مما يذكر و يؤنث و دلالة الحال بأن تكون في مذاكرة الطلاق، و كان اللفظ لايصلح رداً (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و هي على ضربين)(٢) اي نوعين و اراد بهما الرجعي و البائن، اجمل اولاً ثم فصل ذلك بقوله (منها) اي من الكنايات (ثلاثة الفاظ تقع بها طلاق رجعي و لاتقع بها الا واحدة، و هي قوله اعتدي و استبرئي رحمك، و انت واحدة اما الاولى) و هي لفظ اعتدي (فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح و تحتمل اعتداد نعم الله تعالى، فاذا نوى الاول تعين بنيته) اي بنية الاول، و يجوز أن يقال بنية الزوج (فيقتضي طلاقاً سابقاً و الطلاق يعقب الرجعة و أما الثانية) هي لفظة استبرئي رحمك (فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد، لانه تصريح بما هو المقصود منه) اي من الاعتداد (فكان بمنزلته) اي بمنزلة

---

(١) لاتقع – ن – لايقع. (٢) على ضربين الخ و في العناية ص٣٩٨ ج٣ على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية و ما يكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة الفاظ هي اعتدى و استبرئي رحمك و انت واحدة و لابد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال و قد ذكر المصنف في كل واحد منها ذالك انتهى و في البحر ص٣٢١ ج٣ باب الكنايات و هي في اللغة ماخوذة من كنى يكنو اذا ستر و ذكر الرضى انها في اللغة و الاصطلاح ان يعبر عن شيء معين لفظا كان او معنى بلفظ غير صريح في الدلالة عليه اما للابهام على بعض السامعين كقولك جاءني فلان و انت تريد زيدا و قال فلان كيت و كيت ابهاما على بعض من يسمع او لشناعة المعبر عنه كهن في الفرج او للاختصار كالضمائر او لنوع من الفصاحة كقولك فلان كثير الرماد و كثير القرى او لغير ذلك الخ و في علم البيان على القول الاصح كما في المطول الخ و تفصيل الفروع في الهندية ص٣٧٤ ج١ و مابعده.

و تحتمل الاستبراء ليطلقها و أما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة، فاذا نواه جعل كانه قاله و الطلاق يعقب الرجعة و تحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده او عند قومه(١) و لما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية و لايقع الا واحدة، لان قوله انت طالق فيها مقتضى أو مضمر. و لو كان مظهرا لاتقع بها الا واحدة، فاذا كان

الاعتداد، اي في حق اثبات الرجعة لا في حق احتمال الاعتداد بنعم الله تعالى (و تحتمل الاستبراء ليطلقها) و الاستبراء طلب براءة الرحم من الولد، كذا في المغرب، و انما يحتاج الى النية، لان قوله استبرئي رحمك يحتمل ان يكون معناه اطلبي براءة رحمك حتى تعلمين أنها فارغة عن الولد أم لا، فلو كانت فارغة اطلقك، و الا فلا، فلو كانت نيته هكذا لايقع الطلاق، و لو كانت نيته الاعتداد عن النكاح يقع الطلاق سابقاً كما في قوله اعتدي، فلذلك احتاج الى النية (و أما الثالثة) اي لفظ أنت واحدة (فلانها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف، معناه تطليقة واحدة، فاذا نواه جعل كأنه قاله) اي قال مصدراً محذوفاً (و الطلاق يعقب الرجعة) اراد بهذا انه طلاق رجعي، و الطلاق من الرجعي فيه الرجعة (و يحتمل غيره) اي غير ما ذكر (و هو ان يكون واحدة عنده)(٢) اي عند الزوج (او عند قومها) اي عند قوم المرأة (و لما احتملت هذه الالفاظ) اراد بها اعتدي واستبرئي رحمك و أنت واحدة (الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية) لاجل التمييز (و لايقع الا واحدة، لان قوله أنت طالق فيها مقتضى) في قوله اعتدي و استبرئي رحمك (او مضمر) في قوله انت واحدة كان تقديره انت طالق طلقة واحدة و عند الشافعي رحمه الله تعالى لايقع شيء بقوله انت واحدة و ان نوى لانه نعت المرأة و ليس فيه معنى احتمال الطلاق أصلا. قلنا اذا نوى يقع، لانه امكن حمل كلام العاقل على الفائدة فيحمل عليه، و عند زفر رحمه الله تعالى يقع بائناً بقوله أنت واحدة كما في سائر الكنايات. و بعض المشايخ جعل الطلاق في اعتدي بعد الدخول بالاقتضاء، و قبله بطريق الاستعارة المحضة. فان قيل قلت الامر بالاعتداد انما يصح بعد وقوع الطلاق، فكيف يكون قبله. قلت قوله اعتدي قبل الدخول جعل مستعاراً عن الطلاق، لان الطلاق سبب لوجوب العدة على ما هو الاصل، اذ الطلاق قبل الدخول انما وقع لعارض أن النكاح لم يوضع لهذا، و العوارض غير داخلة في القواعد، فيكون الطلاق سبباً لوجوب العدة، فاستعير الحكم لسببه. (و لو كان مظهراً) يعني لو كان الطلاق مظهرا و قال انت طالق (لاتقع بها) يعني بلفظة انت طالق (الا واحدة) اي الا طلقة واحدة (فاذا كان) اي

---

(١) قومه – ن – قومها. (٢) عنده و في الفتح ص٣٩٩ ج٣ انت واحدة عندي او في قومك مدحا و ذما.

مضمراً أولى، و في قوله واحدة و ان صار(١) المصدر مذكوراً لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث و لامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ و هو الصحيح، لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب. قال و بقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة، و ان نوى ثلاثاً كانت ثلاثاً و ان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة، و هذا مثل قوله انت بائن

الطلاق (مضمرا) في قوله انت واحدة (أولى) ان لايقع الا واحدة، و ذلك ان الاصل في الكلام الصريح لكونه ادل على المراد بخلاف المضمر لان فيه قصوراً، و لهذا لايثبت حكمه الا بالنية (و في قوله واحدة و ان صار المصدر مذكوراً) هذا سؤال بيانه ان يقال لما كان المصدر مذكوراً ينبغي ان يصح نية الثلاث، فاجاب بقوله (لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث) بيانه(٢) ان نية الثلاثة لاتصح، و قوله انت واحدة و إن ذكر المصدر بقوله انت طالق واحدة، لان التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث للمنافاة بين الواحدة و العدد فلايحتمل لفظاً لا حقيقة، لانه ليس بموضوع له و لا مجازاً للمنافاة (و لامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعني(٣) سواء قال أنت واحدة بالرفع او بالنصب او بالسكون (هو الصحيح) احترز به عن قول بعض المشايخ المذكور في شرح الجامع الصغير انه اذا اعرب الواحدة بالرفع لم يقع شيء، و ان نوى لانها صفة شخصها، و اذا اعرب بالنصب يقع من غير نية، لانه نعت مصدر محذوف، و ا ن سكن و لم يحرك يحتاج الى النية، و ان نوى كان على الاختلاف، يعني عندنا يقع واحدة رجعية، و عند الشافعي رحمه الله تعالى لايقع شيء. و قيل عدم الوقوع في الرفع قول محمد رحمه الله تعالى و الصحيح ان الكل سواء، فلااعتبار للاعراب (لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب) فلايحتاج الى التفصيل (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و بقية الكنايات) اراد بها ما سوى الالفاظ الثلاثة المذكورة (اذا نوى بها) اي بلفظ فيها (الطلاق كانت واحدة بائنة) اي طلقة واحدة بائنة (و ان نوى ثلاثاً) اي ثلاث تطليقات (كانت ثلاثا و ان نوى ثنتين) اي طلقتين (كانت واحدة) اي كانت الطلقة واحدة. و قال زفر و مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى يقع ما نوى. و قال احمد رحمه الله تعالى هو عندي ثلاث لكني أكره (و هذا) اي المذكور من بقية الكنايات (مثل قوله) اي قول الزوج (أنت بائن)(٤) اي من البينونة و هو القطع، و هو نعت للمرأة و يحتمل أن يكون

---

(١) و ان صار - ن - ان صار. (٢) بيانه الخ و في فتح القدير و في واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدرالمحدود بالهاء فلايتجاوز الواحدة الخ. (٣) يعني سواء الخ كذا في الفتح و العناية. (٤) بائن و في البحر الرائق ص٣٢٤ ج٣ بائن من باب بان الشيء اذا انفصل فهو بائن و ابنته بالالف فصلته و بانت المرأة بالطلاق فهي بائن بغير هاء و ابانها زوجها بالالف فهي =>

و بتة

استبرئى عن النكاح و عن المعاصي و عن الخيرات و نحو ذلك (و بتة) من البت و هو القطع

=> مبانة قال ابن السكيت في كتاب التوسعة تطليقة بائنة و المعنى مبانة قال الصغاني فاعلة بمعنى مفعولة كذا في المصباح و قوله بتة من بتة بتا من من باب ضرب و قتل قطعه و بت الرجل طلاق امرأته فهي مبتوتة و الاصل مبتوت طلاقها و طلقها طلقة بتة اذا قطعها من الرجعة و ابت طلاقها بالالف لغة قال الازهري و يستعمل الثلاث و الرباعي لازمين و متعديين فيقال بت طلاقها و ابته طلاق بات و بت كذا في المصباح و قوله بتلة من بتله بتلا من باب قتل قطعه و ابانه و طلقها طلقة بتة بتلة قال ملك العلماء الكاساني رحمه الله تعالى في البدائع ص١٠٥ ج٣ (و أما) الكناية فنوعان نوع هو كناية بنفسه وضعا و نوع هو ملحق بها شرعا في حق النية اما النوع الاول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق و يستعمل في غيره نحو قوله انت بائن انت علي حرام خلية بريئة بتة أمرك بيدك اختاري اعتدي استبرأي رحمك انت واحدة خليت سبيلك سرحتك حبلك على غاربك فارقتك خالعتك و لم يذكر العوض لاسبيل لي عليك لا ملك لي عليك لا نكاح لي عليك انت حرة قومى اخرجي اغربي انطلقي انتقلي تقنعي استتري تزوجي ابتغى الازواج الحقي باهلك و نحو ذالك سمى هذا النوع من الالفاظ كناية لان الكناية في اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع و هذه الالفاظ مستترة المراد عند السامع فان قوله بائن يحتمل البينونة عن النكاح و يحتمل البينونة عن الخير او الشر و قوله حرام يحتمل حرمة الاستمتاع و يحتمل حرمة البيع و القتل و الاكل و نحو ذالك و قوله خلية ماخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج و النكاح و يحتمل الخلو عن الخير او الشر و قوله بريئة من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح و يحتمل البراءة من الخير او الشر و قوله بتة من البت و هو القطع فيحتمل القطع عن النكاح و يحتمل القطع عن الخير او عن الشر و قوله أمرك بيدك يحتمل في الطلاق و يحتمل في أمر آخر من الخروج و الانتقال و غير ذلك و قوله اختاري يحتمل اختيار الطلاق و يحتمل اختيار البقاء على النكاح و قوله اعتدي أمر بالاعتداد و انه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة و يحتمل الاعتداد الذي هو من العدد اي اعتدي نعمتى التى انعمت عليك و قوله استبرأي رحمك أمر بتعريف براءة الرحم و هو طهارتها عن الماء و انه كناية عن الاعتداد الذي هو من العدة و يحتمل استبرأي رحمك لاطلقك و قوله انت واحدة يحتمل ان تكون الواحدة صفة الطلقة اي طالق واحدة اي طلقة واحدة و يحتمل التوحيد في الشرف اي انت واحدة في الشرف و قوله خليت سبيلك يحتمل سبيل النكاح و يحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الابوين او لامر آخر و قوله سرحتك يعني خليتك يقال سرحت ابلى و خليتها بمعنى واحد و قوله حبلك على غاربك استعارة عن التخلية لان الجمل اذا القى حبله على غاربه فقد خلى سبيله يذهب حيث شاء و قوله فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح و يحتمل المفارقة عن المكان و المضجع و عن الصداقة و قوله خالعتك و لم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق و يحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش و نحو ذالك و قوله لاسبيل لي عليك يحتمل سبيل النكاح و يحتمل سبيل البيع و القتل ونحو ذالك و كذا قوله لاملك لي عليك يحتمل =>

و بتلة و حرام و حبلك على غاربك و الحقي باهلك و خلية و برية، و وهبتك لاهلك و سرحتك و فارقتك وأمرك بيدك و اختاري

ايضاً و فيه الاحتمالات المذكورة (و بتلة) من البتل و هو القطع ايضا و فيه الاحتمالات المذكورة (و حرام) اصله المصدر كالحرمة يراد به النعت و معناه الممنوع، و فيه الاحتمالات المذكورة (و حبلك على غاربك) و هو استعارة عن التخلية، و الغارب بالغين المعجمة ما تقدم من الظهر و ارتفع عن العنق فيحتمل الخلو من الخيرات لكونك غير مطيعة، و يحتمل الخلو عن قيد النكاح لكونك بائنة (و الحقي بأهلك) الحقي أمر من لحق من حد علم و فتح الالف و كسر الحاء خطأ فانه يصير من الالحاق و هو فعل متعد، و الصحيح ان يجعل من اللحوق فيحتمل لاني طلقتك الحقي باهلك، و يحتمل سيري بسير اهلك (و خلية) من الخلو، بضم الخاء من حد دخل، فيحتمل الخلو عن الخيرات او عن قيد النكاح (و برية) من البراءة من خد علم، فيحتمل البراءة عن حسن الثناء او عن قيد النكاح (و وهبتك لاهلك) يحتمل اني عفوت عنك لاجل اهلك، او وهبتك لاهلك لاني طلقتك (و سرحتك) يحتمل التسريح بالطلاق او بغيره (و فارقتك) تحتمل المفارقة بالطلاق او بغيره. قال الشافعي رحمه الله تعالى هما صريحان لايحتاجان الى الطلاق، فيكون تفويضاً له إليها، و يحتمل غيره في تصرف آخر (و أمرك بيدك و اختاري) يحتمل اختيار نفسها بالفراق من النكاح او في أمر آخر، و في هذين اللفظين لاتطلق حتى تطلق نفسها

=> ملك النكاح و يحتمل ملك البيع و نحو ذلك و قوله لا نكاح لي عليك لاني قد طلقتك و يحتمل لا نكاح لي عليك اى لاأتزوجك ان طلقتك و يحتمل لا نكاح لي عليك اي لا أطؤك لان النكاح يذكر بمعنى الوطء و قوله أنت حرام يحتمل الخلوص عن ملك النكاح و يحتمل الخلوص عن ملك اليمين و نحو ذلك و قوله قوى و اخرجي و اذهبي يحتمل اي افعلي ذلك لانك قد طلقت و المرأة اذا طلقت من زوجها تقوم و تخرج من بيت زوجها و تذهب حيث تشاء و يحتمل التقيد عن نفسه مع بقاء النكاح و قوله اغربي عبارة عن البعد اي تباعدي فيحتمل البعد من النكاح و يحتمل البعد من الفراش و غير ذلك و قوله انطلقي و انتقلي يحتمل الطلاق لانها تنطلق و تنتقل عن بيت زوجها اذا طلقت و يحتمل الانطلاق و الانتقال الى بيت ابويها للزيارة و نحو ذلك و قوله تقنعي و استتري أمر بالتقنع و الاستتار فيحتمل الطلاق لانها اذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع و ستر أعضائها بالثوب عن زوجها و يحتمل تقنعي و استتري اي كوني متقنعة و مستورة لئلا يقع بصر اجنبي عليك و قوله تزوجي يحتمل الطلاق اذ لايحل لها التزوج بزوج آخر الا بعد الطلاق و يحتمل تزوجي ان طلقتك و كذا قوله ابتغى الازواج و قوله الحقي باهلك يحتمل الطلاق لان المرأة تلحق باهلها اذا صارت مطلقة و يحتمل الطرد و الابعاد عن نفسه مع بقاء النكاح و اذا احتملت هذه الالفاظ الطلاق و غير الطلاق فقد استتر المراد منها عند السامع فافتقرت الى النية لتعيين المراد الخ و راجع لهذا المبحث البحر الرائق ص٣٢٤ ج٣ و مابعده.

و أنت حرة، و تقنعي و تخمري و استتري و اغربي و اخرجي و اذهبي و قومي و ابتغي الازواج

(و أنت حرة) يحتمل عن حقيقة الرق او رق النكاح (و تقنعي) هذا أمر باخذ القناع على وجهها، فيحتمل لانك بنت مني بالطلاق و حرم علي نظرك او عن الاجنبي لانظر اليك (و تخمري) هو أمر باخذ الخمار، فيحتمل ما يحتمله تقنعي (و استتري) هو أمر بالسترة، فيحتمل ما احتمل تخمري (و اغربي) و هو بالغين المعجمة و الراء المهملة، اي تباعدي عني، لاني طلقتك او اغربي لزيارة اهلك، و يروي اعزبي بالعين المهملة، و الزاي (و اخرجي) يحتمل أخرجي من عندي لاني طلقتك او اخرجي لشيء آخر (و اذهبي و قومي و ابتغي الازواج) اي اطلبيهم فيحتمل لاني طلقتك، او ابتغي الازواج من النساء، لان لفظ الازواج مشترك بين الرجال و النساء و هذه اثنتان و عشرون لفظاً. و في شرح الاسبيجابي و جوامع الفقه هي كنايات و مدلولات. و في الينابيع ثلاث كنايات و مدلولات و تفويضات، أما الكنايات فقوله أنت بائن و بتة و خلية و برية و حرام. و ما ألحق بها القاضي ابويوسف في رواية الطحاوي و هي اربعة ذكرها السرخسي في المبسوط و قاضي خان في الجامع الصغير، و هي لاسبيل لي عليك، لا ملك لي عليك، خليت سبيلك و فارقتك، و خرجت عن ملكي. قالوا هو بمنزلة خليت سبيلك. و في الينابيع و ألحق ابويوسف بالخمسة ستة أخرى، و هي الاربعة المتقدمة، و زاد خالعتك، و الحقي بأهلك. و قال السروجي ينبغي أن يزاد فيها انت بتلة، و لا سلطان لي عليك، فتصير ثلاثة عشر. و أما المدلولات قيل قومي و اذهبي و اخرجي و تقنعي و تخمري و استتري والحقي و انتقلي و اغربي و ابتغي الازواج، لا نكاح بيني و بينك، و حبلك على غاربك و وهبتك لاهلك، و ما انا بزوج لك، و بنت مني. و لو قال فسخت نكاحك او النكاح الذي بيني و بينك، و أنا بريء من نكاحك و نجوت مني او تخلصت او نزلت لك طلاقاً يقع بالنية. و في التكملة تحرمي و نوى به الطلاق كانت طلقة بائنة اذا لم ينو ثلاثاً. و في المرغيناني قال أنا بريء من نكاحك يقع، و أطلق في الكتاب و هو محمول على النية، و لو قال ابتداء وهبت لك طلاقك او وقفت به يقع بالنية عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى هو تمليك و ان نوى بها تمليكاً كان تمليكاً بلا خلاف. و في الذخيرة عن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا قال لها وهبتك لاهلك او لابيك او لامك او لابنك او للازواج فهو طلاق بالنية. و ان قال وهبتك لاختك او لعمتك او لخالتك و ما اشبه ذلك فليس بطلاق و ان نواه، و لايشترط القبول لوقوع الطلاق عندنا، و لو قال اذهبي الف مرة و نوى به الطلاق فثلاث. و لو قال خذي طلاقك فقالت اخذت يقع، و كذا اخرجي

ان شئت، و نوى فقالت شئت يقع. و لو قال تزوجي زوجاً ليحللك فهو اقرار بالثلاث. و أما التفويضات فقوله أمرك بيدك، و الطلاق اليك، بخلاف الطلاق منك فانه كناية يقع بالنية. و في البدائع(١) او انت طالق ان شئت او طلقي نفسك. و لو قال لم اتزوجك او لم تكوني بامرأة لي او ما أنت بامرأة لي و نوى لايقع، و كذا لو قال له الك امرأة فقال لا لم يقع، و اجمعوا على انه لو قال لم اتزوجك او لم يكن بيننا لايقع، و ان نوى، و ان قال لانكاح بيننا يقع اذا نوى، قال المرغيناني و لو قال لم يبق بيني و بينك شيء و نوى لايقع. و في الفتاوى لم يبق بيني و بينك و نوى يقع. و لو قال لها اعرتك طلاقك و أنا برئ من طلاقك. او اعرضت او صفحت عن طلاقك لايقع، و إن نوى و في الحاوي قال بريت اليك من طلاقك الاصح انه يقع بالنية، و في المرغيناني قال اعرتك طلاقك صار بيدها. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقع. و عن محمد رحمه الله تعالى و لو قال اقرضتك طلاقك يقع. و لو قال رهنتك، قال المتأخرون لايقع، و قيل يقع، و لو قال بعتك طلاقك فقالت اشتريت يقع رجعياً و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال احمد و اسحاق رحمهما الله تعالى لايقع، و نحن نعتبر بالهبة، و لو قال ابحتك طلاقك لايقع، و بمهرك بائن، و كذا بعتك نفسك، و لو زوج امرأته من غيره لايكون طلاقاً، قاله ابوحامد وغيره و لو اراد أن يطلقها فقالت هب لي طلاقي فقال وهبت لايقع، و لو قال اربع طرق مفتوحة لك لايقع و ان نوى ما لم يقل خذي او اذهبي ايها شئت. و في المبسوط اذهبي و بيعي ثوبك و نوى الطلاق لايقع عند ابي يوسف رحمه الله تعالى و عند زفر رحمه الله تعالى يقع و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لو قال لآخر احمل اليها طلاقها او اخبرها به طلقت في الحال و قال في المبسوط لو قال لها انت علي كالميتة او كالخمر او كلحم الخنزير و نوى الطلاق وقع، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و في الكافي قال لامرأته هذه اختي او بنتي او أمي من الرضاع و ثبت عليه فرق بينهما. و لو قال اخطأت او وهمت او نسيت لم يصدق قياساً لانه أقر بالتحريم و يصدق استحساناً، لان هذا ايجاب بالتحريم فلايقع الا بقرينة، و هي الدوام بان يقول ما قلت حق. و لو

(١) البدائع ص١٢١ ج٣ و مابعده و كذا الفتاوى الهندية ص٣٧٧ ج١ و فيه سئل فقيل له هل لك امرأة فقال لا فان قال اردت به الكذب لايقع الطلاق و ان قال نويت الطلاق يقع في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ان قال لم اتزوجك و نوى الطلاق لايقع الطلاق بالاجماع و لو قال لم يبق بيني و بينك شيء و نوى به الطلاق لايقع و في الفتاوى لم يبق بيني و بينك عمل و نوى الطلاق يقع و لو قال بعت طلاقك فقالت اشتريت فهو رجعي و لو قال بمهرك فهو بائن ملخصا. و راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة فتح القدير ص٤٠٢ ج٣.

لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية. قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء، و لايقع فيما بينه و بين الله تعالى الا ان ينويه قال رحمه الله سوى بين هذه الالفاظ و هذا

قال طلقك الله، او لعبده اعتقك الله وقعا بلانية، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لو قال طلاقك علي واجب او لازم او ثابت او فرض، او طلاقك علي تكلموا فيه قيل يقع واحدة رجعية، و به قال بعض اصحاب الشافعي، و في قوله لازم واجب تطلق عند الجميع، و قيل لايقع شيء، و هو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى، و قيل يقع عند ابي حنيفة خلافاً لهما الا في قوله لازم، فانه يقع به. و قال اكثر اصحاب الشافعي يقع بلانية لانه بمنزلة الصريح، و مع النية يقع عند جميعهم، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و قيل على عكسه. و قيل في قوله واجب يقع بلانية، و الصحيح انه يقع في الكل، بخلاف ما لو قال لعبده عتقك علي لازم او واجب لايعتق، و لو قال لها قولي انا طالق تطلق اذا قالت، و اذا لم تقل لا. و لو قال نساء اهل الري، او قال نساء اهل الدنيا او عبيد اهل الدنيا احرار يقعان بالنية، و به اخذ عصام بن يوسف، و عليه الفتوى. و عن محمد يقعان بلانية، و به اخذ الشافعي و لو قال طالق و نوى يقع و الا فلا. و لو قال ياطال بكسر اللام تقع بقرينة، و هذا كله في حالة الرضاء، و في حالة الغضب، و في مذاكرة الطلاق يقع، و ان لم يذكر اللام مكسوراً (لانها) اي لان هذه الالفاظ (تحتمل الطلاق وغيره، فلابد من النية) لاجل التعيين (الا ان يكون) و في بعض النسخ قال الا أن يكون، اي قال القدوري رحمه الله تعالى الا ان يكون أي المتكلم بهذه الالفاظ (في حال مذاكرة الطلاق) و في بعض النسخ الا ان يكونا بضمير الاثنين، اي الا ان يكون الزوجان، و هو استثناء من قوله و بقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة الا في حال مذاكرة الطلاق (فيقع بها الطلاق في القضاء، و لايقع فيما بينه و بين الله تعالى، الا ان ينويه) اي الطلاق. (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (سوى) اي القدوري رحمه الله تعالى (بين هذه الالفاظ) يعني سوى القدوري بين هذه الالفاظ في وقوع الطلاق بلانية حال مذاكرة(١) الطلاق (و هذا) اي الذي قاله من التسوية

---

(١) مذاكرة الخ و في العناية مذاكرة الطلاق و ليس على اطلاقه بل انما ذالك فيما لايصلح ردا فلابد من بيان و بين بقوله والجملة الخ. و في فتح القدير سوى القدوري بين هذه الالفاظ و قال لايصدق حال مذاكرة الطلاق في القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات و هكذا فعل شمس الائمة في المبسوط و المشائخ كفخر الاسلام وغيره قالوا و هذا اي كونه لايصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سوال الطلاق انما هو فيما لايصلح ردا اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال ههنا ثلاثة.

فيما لايصلح ردا، و الجملة في ذالك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة و هي حالة الرضا و حالة مذاكرة الطلاق و حالة الغضب. و الكنايات ثلاثة اقسام مايصلح جواباً ورداً و ما يصلح جواباً لا رداً و ما يصلح جواباً و يصلح سباً و شتيمة، ففي حالة الرضاء لايكون شيء منها طلاقاً الا بالنية، و القول قوله في انكار النية لما قلنا، و في حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جواباً و لايصلح رداً في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري، لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق و يصدق فيما يصلح جواباً و رداً مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري و ما يجري هذا المجرى،

(فيما لايصلح ردا) ثم شرع يبين تفصيل ذلك بقوله (و الجملة(١) في ذلك) اي في بيان ذلك (ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة و هي حالة الرضا) و هي حالة ابتداء الزوج بالطلاق، و ليست بحالة مذاكرة الطلاق و لا حالة الغضب (و حالة مذاكرة الطلاق) و هي ان تسأل المرأة او غيرها طلاقها زوجها (و حالة الغضب) و هو الغضب من الجانبين (و الكنايات ثلاثة اقسام) الاول (ما يصلح جواباً و رداً) اي جوابا لسوال المرأة الطلاق وردا لكلامها عند سؤالها (و) الثاني (ما يصلح جوابا لا ردا) اي لايصلح ردا (و) الثالث (ما يصلح جواباً و يصلح سباً و شتيمة) فاذا عرف هذا يعرف حكم هذه الاقسام (ففي حالة الرضاء لايكون شيء منها) اي من هذه الالفاظ (طلاقاً الا بالنية) للاحتمال و عدم دلالة الحال (و القول قوله) اي قول الزوج (في انكار النية لما قلنا) اشارة الى قوله لانها غير موضوعة للطلاق بل يحتمله وغيره (و في حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق) اي الزوج (فيما يصلح جواباً و لايصلح رداً في القضاء) يتعلق بقوله يصدق، اي لايصدق قضاء في انه لم ينو الطلاق (مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري) هذه ثمانية الفاظ و مثله يصلح جواباً و لايصلح رداً في حال مذاكرة الطلاق، و قد ذكرنا معانيها عن قريب (لان الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق) لان كلامه(٢) جواب لسؤالها الطلاق و السؤال يصلح معاداً في الجواب، و القاضي مامور باتباع الظاهر (و يصدق فيما يصلح جواباً و رداً مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري و مايجرى هذا المجرى) اراد ما يصلح جواباً و رداً كالالفاظ المذكورة كقوله اغربي و استتري. و قال شمس الائمة في

(١) و الجملة في ذالك - اي الامر المجمل و القاعدة في ذالك حاشية الهداية. (٢) لان كلامه الخ راجع المبسوط للسرخسي ص٨٣ ج٦.

لانه يحتمل الرد و هو الادنى فحمل عليه و في حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد و السب الا فيما يصلح للطلاق و لايصلح للرد و الشتم كقوله اعتدي و اختاري، و أمرك بيدك، فانه لايصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في قوله لا ملك لي عليك و لاسبيل لي عليك و خليت سبيلك و فارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقع بها رجعي،

المبسوط(١) لو قال اذهبي و نوى به الطلاق كان طلاقاً موجباً للبينونة، لانه لايلزمها الذهاب الا بعد زوال الملك (لانه يحتمل الرد، و هو الادنى فحمل عليه) اي على الادنى(٢) لان الادنى متيقن، و ذلك لان الرد دافع، و الجواب رافع، لان الطلاق رافع لقيد النكاح و الدفع أسهل من الرفع فيكون الرد ادنى في الجواب (و في حالة الغضب يصدق في جميع ذلك) اي فيما يصلح جواباً و لايصلح رداً، و فيما يصلح جواباً و رداً (لاحتمال الرد) اي في السبعة المذكورة مثل اخرجي... الى آخره (و السب) اي لاحتمال السبب في الخمسة المذكورة في اوائل الثمانية، و هي خلية... الى آخره (الا فيما يصلح للطلاق و لايصلح للرد و الشتم) الاستثناء في قوله يصدق في جميع ذلك (كقوله اعتدي و اختاري و أمرك بيدك فانه لايصدق فيها) اي في هذه الثلاثة (لان الغضب يدل على ارادة الطلاق) الا ترى انه من قال لغيره في حالة الرضا لايكون قاذفاً، و لو قال في حالة الغضب يكون قاذفاً (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في قوله لا ملك لي عليك و لاسبيل لي عليك و خليت سبيلك و فارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها احتمال معنى السب)(٣) لان معنى لاملك لي عليك، لانك ادون من أن تملك، و معنى لاسبيل لي عليك لسوء خلقك، و اجتماع أنواع الشر فيك. و معنى فارقتك أى في المسكن اتقاء لشرك (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الاول) و هي المذكورة في اول الكنايات بقوله اعتدي و استبرئي رحمك و انت واحدة (مذهبنا) و هو مذهب عامة الصحابة منهم علي و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى(٤) يقع بها) اي بالكنايات (رجعي) اي طلاق رجعي،

---

(١) المبسوط ص٧٨ ج٦. (٢) الادنى - اي الاسهل اذ ليس فيه اثبات شيء بل ابقاء شيء بحاله حاشية الهداية. (٣) معنى السب راجع له الشروح الثلاثة للهداية ص٤٠٢ ج٣ و مابعده. (٤) و قال الشافعي رحمه الله تعالى راجع اوجز المسالك ماجاء في الخلية و البرية ص٣٣٤ ج٤ و اعلاء السنن ص١٩٣ ج١١ و فتح القدير ص٤٠٤ ج٣ و المغنى باب تصريح الطلاق وغيره ص٢٦٣ ج٨ و مابعده مع الشرح الكبير باب صريح الطلاق و كنايته ص٢٧٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٩٦ج١٧ و راجع للآثار التي استدل بها الفريقان اعلاء السنن =>

لان الواقع بها طلاق، لانها كنايات عن الطلاق، و لهذا تشترط النية و ينتقص بها(١) العدد، و الطلاق معقب للرجعة كالصريح. و لنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافاً الى محله عن ولاية شرعية و لا خفاء في الاهلية و المحلية و الدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك

و هو مذهب عمر و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما، و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية، و في أخرى كقولنا، و به قال مالك رحمه الله تعالى (لان الواقع بها) اي بالفاظ الكنايات (طلاق، لانها كنايات عن الطلاق و لهذا تشترط النية) اي و لكونها كناية عن الطلاق يشترط النية في وقوع الطلاق (و ينتقص بها العدد) اي ينتقص عدد الطلاق بوقوع واحدة منها (و الطلاق معقب للرجعة كالصريح) اي كما هو معقب للرجعة في الطلاق الصريح (و لنا ان تصرف الابانة صدر من اهله) و هو الزوج، لانه يملك تصرف البينونة، و لهذا اذا اخذ العوض يقع البائن بالاجماع فعلم ان الابانة مملوكة للزوج و الا لم يجز الاعتياض عنه (مضافاً الى محله) اي محل التصرف و هو المرأة (عن ولاية شرعية) لان الشارع جعل ولاية الطلاق اليه (و لا خفاء في الاهلية) اي في اهلية الزوج (و المحلية) اي محلية المرأة للبينونة الغليظة بالاتفاق (و الدلالة على الولاية) و هذا جواب عما يقال لم قلتم ان له ولاية شرعية في تصرف الابانة، فاجاب بقوله و الدلالة على الولاية (ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك) قال بعض

=> ص١٩٣ج١١ والمؤطا مالك ص٥١١ و كتاب الآثار محمد ص١١٦ و ابن ابي شيبة ص٦٩ ج٥ و البيهقي ص٣٤٢ و ص٣٤٨ ج٧ فاثر علي كرم الله وجهه في التخيير اذا اختارت نفسها فهي واحدة و هي املك بنفسها في كتاب الآثار محمد باب الخيار و امرك بيدك ص١١٦ و البيهقي في سننه ما جاء في التخيير ص٣٤٥ ج٧ و ابن ابي شيبة ص٧٥ ج٥ و اثر زيد بن ثابت رضي الله عنه في التخيير اذا اختارت نفسها فهي ثلاث كتاب الآثار محمد ص١١٦ و البيهقي ص٣٤٦ ج٧ و اثر عبدالله بن مسعود رضي الله عنه اذا قال استفلحي بامرك او امرك لك او وهبها لاهلها فهي تطليقة بائنة عند البيهقي ص٣٤٦ ج٧ و صححه صاحب الجوهر النقي على البيهقي ص٣٤٧ ج٧ و اخرجه الطبراني و رجاله رجال الصحيح (اعلاء السنن ص١٩٦ ج١١ نقلا عن مجمع الزوائد ص٣٣٧ ج٤) و عند عبدالرزاق باب الرجل يقول لامرأته قد وهبتك لاهلك ص٣٧١ ج٦ ان عليا رضي الله عنه قال ان قبلوها فهي واحدة بائنة و روى ايضا عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال ان قبلوها فهي واحدة بائنة و عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ان قبلوها فثلاث. و اثر عمر بن الخطاب و ابن مسعود رضي الله عنهما في كتاب الآثار محمد ١١٥ كانا يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها ان اختارت نفسها فهي تطليقة و زوجها املك بها و كذا في سنن البيهقي ص٣٤٥ ج٧. (١) بها - ن - به.

و لايقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد و ليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين(١) أحد نوعي البينونة دون الطلاق و انتقاص العدد

الشراح اي التدارك بايقاع الثلاث، و الاوجه ما قاله صاحب النهاية(٢) تدارك دفع المرأة عن نفسه، و ذلك لانه لو لم تقع البينونة عند نيته فتثبت و الزوج يريد فراقها (و لا يقع) بالنصب عطفاً على قوله - كيلا ينسد - (في عدتها) و في بعض النسخ في عهدتها (بالمراجعة من غير قصد) فيقع في فرطها بالمراجعة اذا كانت فاجرة أو بها سلاطة، و ما رأيت شارحاً حرر هذا الموضع كما ينبغي، غير ان الاكمل تعرض لكلام المصنف بغير جدوي، حيث قال(٣) ما ملخصه ان هاهنا وجهين، و اراد بهما قوله - و الدلالة على الولاية - الى قوله - التدارك. و قوله - و لايقع... الى آخره - و قد جعلهما واحداً، لان الاول بعينه تفسير الوجه الثاني، و ان جعل الثاني تفسيرا للاول فلايستقيم لان وقوع المراجعة من غير قصد لايستقيم على مذهبه، و اذا فسد التفسير فسد المفسر، و الحال الكلام فيه و يرد دعواه للوجهين، لان قوله - لايقع ... الى اخره - تتمة الكلام الذي قبله و ايضاح له، و قوله - لايستقيم - غير مستقيم، لان الطلاق الرجعي يعقب الرجعة، و الرجعة اعم من ان تكون بالقول او بالفعل و وقوع نظره الى داخل فرجها فعل منه فتقع به الرجعة (و ليست بكنايات على التحقيق) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى انها كنايات، فأجاب بالمنع بانا لانسلم ان الفاظ الكنايات على التحقيق، اي على الحقيقة لانها معلومة المعاني، و لا استتار في حقائقها و انما سميت كنايات مجازاً للاستتار فيما يتصل به هذه الالفاظ لا للاستتار في نفسها، فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقائقها و هو معنى قوله (لانها) اي لان الكنايات (عوامل في حقائقها) لانعدام معنى التردد بنية الطلاق، فاللفظ هو عامل في حقيقة موجبة حتى تحصل به الحرمة و البينونة (و الشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق) هذا جواب عن قوله و لهذا تشترط النية، اي نية الطلاق، تقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم، و ليس كذلك، بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة و الخفيفة لا للطلاق، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد (و انتقاص العدد) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى و ينتقص به العدد، تقريره ان انتقاص

---

(١) تعيين - ن - تعين. (٢) صاحب النهاية الخ و في العناية ص٤٠٤ ج٣ باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها و قبلته بشهوة فثبتت الرجعة و الزوج يريد فراقها كذا في النهاية انتهى. (٣) قال في العناية ص٤٠٤ ج٣.

لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة، و انما يصح(١) نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة و خفيفة، و عند انعدام النية يثبت الادنى و لاتصح نية الثنتين عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله تعالى لانه عدد و قد بيناه من قبل، و ان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي و قال نويت بالاولى طلاقاً و بالباقي حيضاً دين في القضاء، لانه نوى حقيقة كلامه،

العدد من الطلاق (لثبوت الطلاق) في ضمن البينونة (بناء على زوال الوصلة) اى على وصلة النكاح، و منه يلزم وقوع الطلاق و لا منافاة بين نقص العدد و الطلاق البائن، فكان النقص من حيث كونه طلاقاً بائناً (و انما تصح نية الثلاث) هذا جواب(٢) عما يقال ان البائن لو كان عاملا بنفسه ينبغي ان لاتصح نية الثلاث (و انما تصح نية الثلاث) اي ثلاث تطليقات (فيها) اي في الكنايات (لتنوع البينونة الى غليظة و خفيفة) فالخفيفة هي الطلقة الواحدة البائنة و الغليظة هي الطلقات الثلاث (و عند انعدام النية) اي نية الثلاث (يثبت الادنى) و هي الواحدة البائنة لانها متيقنة (و لاتصح نية الثنتين) اي الطلقتين (عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى في الكنايات الخفية (لانه عدد) اي لان الثنتين عدد انما ذكر الضمير باعتبار المذكور، او باعتبار لفظ الخبر و هذا دليلنا، لان الثنتين عدد في حق الحرة، و قوله انت بائن لايحتمل العدد، لانه فرد الا اذا كانت المرأة أمة لانه جنس طلاقها (و قد بيناه من قبل) يعني في اوائل باب ايقاع الطلاق، و هو قوله و نحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنساً الى آخره (و ان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي) اي قال الرجل لامرأته ثلاث مرات (و قال نويت بالاولى) اي باللفظة الاولى من قوله اعتدي ثلاث مرات (طلاقا و بالباقي) و هو الثنتان (حيضاً دين في القضاء) يعني يصدق في قوله في الحكم، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (لانه نوى حقيقة كلامه) باللفظة الثانية و الثالثة، و نوى محتمل كلامه بالاولى، لان لفظة اعتدي تحتمل معنيين، احدهما اعتدي لاني طلقتك، و الآخر اعتدي نعمي عليك او نعم الله تعالى عليك، او اعتدي خباياتك تهديداً لها. و في اللفظ المحتمل لايتعين الطلاق الا بالنية او بما يدل عليه من غضب او مذاكرة الطلاق، و هاهنا قد صرح بانه نوى

---

(١) يصح – ن – تصح. (٢) جواب الخ و في العناية جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلاث في قوله انت بائن مثلا كما لاتصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه و تقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة و خفيفة و عند انعدام النية يثبت الادنى و هو الواحد البائن انتهى و نحوه في الكفاية.

و لانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهداً له، و ان قال لم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلايصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لايقع شيء، لانه لا ظاهر يكذبه، و بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين(١) حيث لايقع الا واحدة، لان الحال عند الاولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

الطلاق باللفظة الاولى و بالباقيتين الحيض فيصدق لما ذكرنا (و لانه) دليل آخر لتصديقه، اي و لان الرجل (يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر) اي ظاهر الحال (شاهداً له) فيما يقول (و ان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث) اي ثلاث طلقات (لانه لما نوى بالاولى) اي باللفظة الاولى (الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة) اي بدلالة الحال لانها حال مذاكرة الطلاق (فلايصدق في نفي النية) اي في قوله لم أنو بالباقي شيئاً (بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لايقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه و بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين حيث لايقع الا واحدة، لان الحال عند الاوليين لم يكن حالة مذاكرة الطلاق) قال الامام السرخسي(٢) و قاضي خان المسألة على اثني عشر وجهاً، احدها: ان يقول لم أنو الطلاق بشيء منها فالقول قوله مع اليمين، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى. و الثاني: قال نويت بالاولى و لم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث. الثالث: قال لم انو بالثالثة شيئاً فهي ثلاث، و فيه خلاف زفر و الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى فعندهم واحدة. الرابع: قال نويت بالكلمات كلها الطلاق فهي ثلاث بالاجماع. الخامس: قال نويت بالاولى الطلاق و بالثانية و الثالثة الحيض فهو يدين قضاء أيضا بالاجماع. و السادس: ان يقول نويت بالاولى و الثانية الطلاق و بالثالثة الحيض فهو مدين في القضاء و مطلق ثنتين. و السابع: قال نويت بالاولى الطلاق، و بالثالثة الحيض، و لم انو بالثانية شيئاً فانها تطلق ثنتين، و به قال احمد. و عن الشافعي و مالك و زفر واحدة. و الثامن: قال نويت بالاولى و الثانية الطلاق و لم أنو بالثالثة شيئاً فانها تطلق طلقتين أيضا. و التاسع: ان يقول لم انو بالاولى و الثانية شيئاً و نويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة بالاجماع. و العاشر: قال لم انو

---

(١) الاولين – ن – الاوليين. (٢) قال الامام السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط ص٨٠ ج٦ هذه المسئلة على اثنى عشر وجها و قد بينا ذالك في شرح الجامع الصغير و نحوه في الشروح الثلاثة و ما ذكر في الكفاية قريب مما في البناية.

و في كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره و القول قول الامين مع اليمين

بالاولى شيئاً، و نويت بالثانية طلاقاً و بالثالثة حيضاً فهي طلقة واحدة. الحادي عشر: قال لم انو بالاولى شيئا و نويت بالثانية الطلاق و لم انو بالثالثة شيئاً فهي ثنتان. و الثاني عشر: لو قال اعتدي ثلاثاً و قال نويت بقولي اعتدي طلاقا و بالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال بالاجماع. و زاد السرخسي الثالثة عشر: قال اعتدي اعتدي اعتدي فنوى واحدة فهي كذلك ديانة و لايصدق قضاء. و في المبسوط قال لها اعتدي فاعتدي او اعتدي و اعتدي، او قال اعتدي اعتدي و نوى به الطلاق يقع ثنتان في القضاء. و قال زفر رحمه الله تعالى تعمل نية الواحدة في القضاء. و عن ابي يوسف في قوله اعتدي فاعتدي كذلك، بخلاف الواو، لان الفاء للوصل، فيكون معناه فاعتدي بذلك الايقاع، و الواو للعطف، فكان الثاني غير الاول، و في مصنف ابن ابي شيبة ان اعتدي طلقة عند ابن مسعود و عطاء و مكحول و النخعي و الاوزاعي، و قال ابوحنيفة واحدة رجعية اذا نوى الطلاق، و به قال الشعبي و الثوري و احمد. و قال الحسن و الشعبي هو على ما نوى الا ان يقول لم انو شيئا فهي واحدة. و ان قال اعتدي اعتدي اعتدي قال قتادة ثلاث، و به قال الحسن و الشعبي، و قال احمد و الحكم هي واحدة. و لو قال أنت طالق يقع واحدة رجعية، فان قال و اعتدي، ثنتان عندنا (ثم في كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين في الاخبار عما في ضميره، و القول قول الامين مع اليمين) لنفي التهمة عنه، و به قال الشافعي، و قال مالك و احمد في الكنايات الخفية كذلك لا في الظاهرية و اشتراط اليمين لان في قوله الزاماً على الغير و فيه ضعف، فاحتيج الى المؤكد و هو اليمين.

بفضل الله و عونه تم الجزء السادس و يتلوه الجزء السابع من باب تفويض الطلاق. ان شاء الله العزيز الكريم فالله سبحانه و تعالى نسأل ان ييسر لنا اتمامه و يتقبله لرضائه.

العبد الفقير الى الله فيض احمد غفرله

٢٦ جمادى الاولى ١٤١٧هـ